

DAS BETRIEBSRISIKO IM ARBEITSKAMPF

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Dietrich Baum

aus Wuppertal

1978

DAS BETRIEBSRISIKO IM ARBEITSKAMPF

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Dietrich Baum

aus Wuppertal

1978

Erster Berichterstatter: Professor Dr. Brox
Zweiter Berichterstatter: Professor Dr. Bernert
Dekan: Professor Dr. Welp
Tag der mündlichen Prüfung: 14.7.1978



Dem Gedenken
meiner Mutter



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555022_0005

INHALTSVERZEICHNIS

Inhalt	Seite
A. EINLEITUNG	1
I. Die Problemstellung	1
II. Die Abgrenzung des Themas	6
1. Die Abgrenzung zum sog. Betriebsrisiko i.w.S.	6
2. Die Abgrenzung zum Wirtschaftsrisiko	7
B. DIE ÜBERSICHT ÜBER DIE BISHERIGEN LÖSUNGSVERSUCHE UNTER BERÜCKSICHTIGUNG IHRER HISTORISCHEN ENTWICKLUNG	8
I. Die Verteilung des Betriebsrisikos nach den Vorschriften des BGB	8
1. Die Unmöglichkeitstheorie	8
2. Die Annahmeverzugslehre	9
3. Die Regelungslücke im BGB	10
II. Die Verteilung des Betriebsrisikos aufgrund kollektivrechtlicher Wertungen	12
1. Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 6.2.1923 (RGZ 106, 272)	12
2. Die Betriebsrisikolehre	14
a) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Betriebsrisikolehre	14

b) Die Betriebsrisikolehre in der Literatur	16
C. DIE KRITISCHE ERÖRTERUNG DER UNTERSCHIED- LICHEN ARGUMENTATION DER BISHERIGEN LÖSUNGSVERSUCHE	18
I. Die grundsätzliche Belastung des Arbeitgebers mit dem Betriebsrisiko	18
1. Die Begründung aus der Wirtschaftsverfassung	18
a) Die Wechselbeziehung zwischen Herrschaft und Risikotragung	19
b) Die Wechselbeziehung zwischen Gewinn und Verlust	20
2. Die Begründung aus der besonderen Natur des Arbeitsverhältnisses	21
a) Die Hauptpflicht des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis	21
b) Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip	23
3. Die Begründung mit den Vorschriften des BGB	26
a) Die Anwendung des § 324 I BGB	26
b) Die Anwendung der §§ 645, 552 BGB	30
c) Die Anwendung des § 615 BGB	31
II. Die Belastung des Arbeitnehmers mit dem Betriebsrisiko bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen	32
1. Das Solidaritätsargument	34
a) Der Begriff der Solidarität	36
b) Die rechtliche Relevanz der Solidarität	36

aa)	Die solidarische Verbundenheit auf der Grundlage des Arbeitsverhältnisses	37
bb)	Der Solidaritätsgedanke in § 1 KSchG	38
cc)	Der Solidaritätsgedanke bei der Kürzung von Gratifikationen, Ruhegeldern und beim Kameradenunfall	39
dd)	Der Solidaritätsgedanke im Arbeitskampfrecht	42
ee)	Ergebnis	43
2.	Das Argument von der Teilhabe am Kampfergebnis	44
3.	Das Argument von der Einwirkungsmöglichkeit auf den Streik	47
4.	Das Argument der Repräsentation aller Arbeitnehmer durch die Gewerkschaften	50
5.	Das Argument von der Kampfparität der Sozialpartner	53
a)	Die Übersicht über den Meinungsstand	54
b)	Der Begriff und die rechtliche Grundlage der Kampfparität	56
c)	Die Bedeutung des Lohnverlusts bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen für die Kampfparität der Sozialpartner	61
aa)	Der Zusammenhang zwischen Aussperrung und Lohnverlust nach der Betriebsrisikolehre	62
(1)	Die grundsätzliche Zulässigkeit der Aussperrung	64

(2) Die Zulässigkeit eines Lohnverweigerungsrechts nach Betriebsrisikogrundsätzen	67
(3) Der Vergleich zwischen Abwehraussperrung und Lohnverweigerung nach der Betriebsrisikolehre	70
bb) Der Zusammenhang zwischen § 116 III AFG und dem Lohnverweigerungsrecht nach der Betriebsrisikolehre	72
(1) Der Zweck der Arbeitslosenversicherung	75
(2) Die Funktion des § 116 III AFG	80
(3) Die Bedeutung des § 116 III AFG für das Lohnverweigerungsrecht nach der Betriebsrisikolehre	83
6. Ergebnis	86
D. DIE SCHLUSSFOLGERUNGEN AUS DEM GEFUNDENEN ERGEBNIS	87
I. Die bei der Betriebsrisikoverteilung im wesentlichen auftretenden Fallgruppen	87
II. Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen im Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags	90
1. Das Aussperrungsrecht gegenüber organisierten Arbeitnehmern	90
2. Das Aussperrungsrecht gegenüber Außenseitern	90
3. Das Lohnverweigerungsrecht gegenüber Organisierten und Außenseitern	92

	Seite
III. Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen außerhalb des Geltungsbereichs des umkämpften Tarifvertrags	95
1. Das Lohnverweigerungsrecht gegenüber Arbeitswilligen beim überregionalen Schwerpunktstreik	95
2. Die Bedeutung der Signalwirkung eines Tarifvertrags für ein Lohnverweigerungsrecht gegenüber arbeitswilligen Arbeitnehmern	103
a) Die Grenzen des Anwendungsbereichs des § 116 III Satz 1 AFG	104
b) Die Erforderlichkeit des Lohnverweigerungsrechts im Rahmen der Kampfparität	106
c) Das Lohnverweigerungsrecht unter dem Gesichtspunkt der Existenzgefährdung	107
3. Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen, die nicht unter den persönlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fallen	111
4. Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen, die nicht unter den betrieblichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fallen	114
IV. Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen beim rechtswidrigen Arbeitskampf	116
1. Das Lohnverweigerungsrecht beim rechtswidrigen, gewerkschaftlichen Streik	116
2. Das Lohnverweigerungsrecht beim wilden Streik	117

	Seite
V. Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen bei aussperrungsbedingten Betriebsstörungen	121
1. Das Lohnverweigerungsrecht bei einer Abwehraussperrung	121
2. Das Lohnverweigerungsrecht bei einer Offensivaussperrung	121
3. Das Lohnverweigerungsrecht bei einer rechtswidrigen Aussperrung	124
VI. Das Wirtschaftsrisiko	125
1. Das Lohnverweigerungsrecht der Arbeitswilligen bei einem Streik im Abnehmerbetrieb	125
2. Der Lohnanspruch der Arbeitnehmer bei einer fortwirkenden Betriebsstörung	126
3. Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen, die außerhalb des eigenen Betriebs beschäftigt sind	127
E. DAS ERGEBNIS DER UNTERSUCHUNG	129

LITERATURVERZEICHNIS

- Angemann Die Verteilung der Betriebs-
 gefahr nach dem Entwurf eines
 Gesetzes über das Arbeitsver-
 hältnis vom Jahre 1938 mit
 einem Vorschlag zur Neufassung
 der diesbezüglichen §§ 36 und
 37, Diss. Dresden 1940.
- Ballerstedt Arbeitskampf und Lohnrisiko,
 AuR 1966, 225.
- Bartholomeyczik Die Kunst der Gesetzesausle-
 gung, 4. unveränderte Aufl.,
 Frankfurt 1971.
- Äquivalenzprinzip, Waffen-
 gleichheit und Gegengewichts-
 prinzip in der modernen
 Rechtsentwicklung, AcP 166, 30.
- Becker Anmerkung zu BAG NJW 1973,
 1295 (AP Nr. 29 zu § 615 BGB
 Betriebsrisiko),
 NJW 1973, 1629.
- Behrendt Arbeitslosengeld für mittelbar
 von Streiks betroffene Arbeits-
 lose, SozSich 1959, 265.
- Berndt-Draeger Arbeitsvermittlung, Berufsbe-
 ratung, Arbeitslosenversiche-
 rung, Stuttgart-Berlin-Köln-
 Mainz,
 Stand: August 1975.
- Bertele Rechtsnatur und Rechtsfolgen
 der Aussperrung,
 Heidelberg 1960.

- Beuthien Zweckerreichung und Zweck-
 störung im Schuldverhältnis,
 Tübingen 1967.
- Biedenkopf Grenzen der Tarifautonomie,
 Karlsruhe 1964.
- Über das Verhältnis wirt-
 schaftlicher Macht zum
 Privatrecht, Festschrift
 für Böhm, zum 70. Geburts-
 tag,
 Karlsruhe 1965, S. 115.
- Die Betriebsrisikolehre als
 Beispiel richterlicher
 Rechtsfortbildung
 Karlsruhe 1970.
- Blomeyer, Wolfgang Die rechtliche Bewertung
 des Betriebsfriedens im
 Individualarbeits- und
 Betriebsverfassungsrecht,
 ZfA 1972, 85.
- Bötticher Waffengleichheit und Gleich-
 behandlung der Arbeitnehmer
 im kollektiven Arbeitsrecht,
 Karlsruhe 1956.
- Boewer Das Initiativrecht des Be-
 tribsrats in sozialen An-
 gelegenheiten,
 DB 1973, 522.
- Bogs, Harald Staatliche Regulierung von
 Arbeitskämpfrisiken,
 VSSR 1973, 126.
- Boldt Zur Zulässigkeit von Firmen-
 tarifverträgen mit verbands-
 angehörigen Unternehmen,
 RdA 1971, 257.

- Bobrowski-Gaul Das Arbeitsrecht im Betrieb, 7. Aufl., Heidelberg 1970,
zit.: Bobrowski-Gaul.
- Brill Die Betriebsstörung, AR-Blatttel (D), Arbeitsausfall II, II Betriebsstörung, 1975.
- Brox Zur Wirkung der rechtmäßigen Aussperrung auf den Arbeitsvertrag, Festschrift für Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. II, München-Berlin 1965, S. 55.
- Fragen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, JZ 1966, 761.
- Grundbegriffe des Arbeitsrechts, 5. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1976,
zit.: Brox, Grundbegriffe.
- Allgemeines Schuldrecht, 6. Aufl., München 1977, Besonderes Schuldrecht, 5. Aufl., München 1977,
zit.: Brox SchR.
- Brox-Rüthers Arbeitskampfrecht, Stuttgart 1965.
- Buchner Möglichkeit und Grenzen betriebsnaher Tarifpolitik, DB 1970, 2074.
- Bürger Betriebsrisiko und Streik, Der ArbG 1957, 473.

Bulla

Sympathiemaßnahmen im
Arbeitskampf, Festschrift
für Erich Molitor, München-
Berlin 1962, S. 293.

Rechtsfolgen von Aussperrungs-
maßnahmen für Lieferungsver-
träge, DB 1963, 755.

Soziale Selbstverantwortung
der Sozialpartner als
Rechtsprinzip, Festschrift
für Nipperdey zum 70. Ge-
burtstag, Bd. II, München-
Berlin 1965, S. 79.

Canaris

Die Feststellung von Lücken
im Gesetz, Berlin 1964.

Danz

Die Verteilung des Lohnrisi-
kos in kampfbetroffenen Dritt-
betrieben, Diss. Köln 1972.

Däubler

Die unverhältnismäßige Aus-
sperrung, JuS 1972, 642.

Dietz

Koalitionsfreiheit und Ar-
beitskampfrecht, Berlin-
Frankfurt 1961.

Der Anspruch auf Abschluß
einer Betriebsvereinbarung,
Festschrift für Nipperdey
zum 60. Geburtstag, München
und Berlin 1955, S. 157.

Dietz-Richardi

Betriebsverfassungsgesetz,
5. Aufl., München 1973.

Döhner

Der Sympathiearbeitskampf,
Diss. München 1966.

Fabricius

Einwirkungen von Streik und Aussperrung auf den Arbeitsvertrag, AuR 1962, 92.

Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, Tübingen 1970.

Fahrtmann

Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung der Arbeitszeit, RdA 1974, 65.

Kurzarbeit, AR-Blattei (D), Arbeitszeit V, Kurzarbeit, 1974.

Fenn

Rezension: Schwerdtner, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, in: AuR 1971, 321.

Fikentscher

Schuldrecht, 6. Aufl., Berlin-New York 1976.

Fitting-Auffarth-Kaiser

Betriebsverfassungsgesetz, 12. Aufl., München 1977.

Gaber

Die Bedeutung des Solidaritätsprinzips für die Verteilung des Betriebsrisikos im Arbeitskampf, Diss. Köln 1962.

Galperin

Zur Theorie der Betriebsgefahr, RdA 1949, 8.

Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 1966.

- Hennig-Kühl-Heuer Arbeitsförderungsgesetz,
in: Der Wirtschaftskommen-
tator, Frankfurt, Stand:
November 1977.
- Hensche Zur Zulässigkeit von Firmen-
tarifverträgen mit verbands-
angehörigen Unternehmen,
RdA 1971, 9.
- Hessel Das kollektive Element im
Einzelarbeitsverhältnis,
DB 1958, 837.
- Hoeniger Die sogenannte Abwehraus-
sperrung, BB 1955, 704.
- Hohenester Die Grenzen der Streikfrei-
heit, München 1956.
- Hueck, Alfred Das Arbeitsvertragsrecht,
Stuttgart 1922.
- Anmerkung zu BAG AP Nr. 154
zu § 242 BGB Ruhegeld.
- Hueck, Alfred/
Hueck, Götz Kündigungsschutzgesetz,
10. Aufl., München 1978.
- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts,
Bd. I, 7. Aufl.,
Berlin-Frankfurt 1963;
Bd. II, 6. Aufl., 1957;
Bd. II, 1. Halbbd., 7. Aufl.,
1967;
Bd. II, 2. Halbbd., 7. Aufl.
1970 bearbeitet von Säcker,
zit.: Hueck-Nipperdey.
- Hueck-Nipperdey-Dietz Gesetz zur Ordnung der
nationalen Arbeit, 4. Aufl.,
München-Berlin 1943.
- Hueck-Wiedemann-Stumpf Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl.,
München-Berlin 1977.

- | | |
|---------------|--|
| Isele | Grundfragen der Aussperrung,
JuS 1964, 41. |
| Jaenecke | Das Betriebsrisiko,
Diss. Göttingen 1933. |
| Jorns | Das Betriebsrisiko,
Heidelberg 1957. |
| Jülicher | Die Neutralität der Bundes-
anstalt für Arbeit,
DB 1973, 720; 770. |
| Kaskel-Dersch | Arbeitsrecht,
5. Aufl., Berlin-Göttingen-
Heidelberg 1957. |
| Kaufmann | Der Einfluß des Mitbestim-
mungsrechts auf die Verteilung
des Betriebsrisikos,
RdA 1952, 449. |
| Kauffmann | Das Betriebsrisiko nach der
Rechtsprechung des Bundes-
arbeitsgerichts,
DB 1957, 845. |
| Kirchner | Die Sperrwirkung von Tarif-
vertrag und Tarifübung für
die Verwirklichung des
Mitbestimmungsrechts des
Betriebsrates nach § 87
BetrVG, BB 1972, 1279. |
| Kittner | Parität im Arbeitskampf?
Überlegungen zur Forderung
nach dem Verbot der Aus-
sperrung, GMH 1973, 91. |

- Darf der Arbeitgeber einzelnen an einem "wilden Streik" beteiligten Arbeitnehmern kündigen?, BB 1974, 1488.
- Köhler Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971.
- König Das Problem des Betriebsrisikos, RdA 1948, 54.
- Kraft Anmerkung zu BAG SAE 1973, 15.
- Krause, Peter Der Arbeitskampf in der Sozialversicherung, DB 1974, Beilage Nr. 14.
- Krebs Arbeitsförderungsgesetz, Bonn-Bad Godesberg, Stand: Oktober 1977.
- Kreuzer Die Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit, Baden-Baden 1975.
- Kühl Gedanken zur Neutralitätsordnung, ABA 1973, 270.
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allg. Teil, 11. Aufl., München 1976;
Bd. II, Bes. Teil, 11. Aufl., 1977,
zit.: Larenz SchR.
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1975.

- Lauschke Zur Haftung des Unternehmers
für Ausfall seiner Lieferun-
gen wegen Arbeitskampfes,
DB 1948, 137.
- Leder Die Auswirkung von Arbeits-
kämpfen auf den Leistungs-
anspruch in der Arbeitslosen-
versicherung,
BABl 1963, 488.
- Lehmann, H. Wirtschaftskrise und Betriebs-
risiko,
NZfA 1932, Sp. 1.
- Lerche Verfassungsrechtliche Zentral-
fragen des Arbeitskampfes,
Bad Homburg v.d.H.-Berlin-
Zürich 1968.
- Lieb Anmerkung zu BAGE 22, 162,
SAE 1970, 232.
- Loesch Der Lohnanspruch des Arbeit-
nehmers bei Betriebsstörungen,
Diss. Erlangen 1930.
- Löwisch Probleme der Zulässigkeit
von Sympathiestreik und
Sympathieaussperrung,
RdA 1962, 314.
- Zur Frage des Anspruchs auf
Arbeitsentgelt bei Betriebs-
störungen infolge von Arbeits-
kämpfen,
DB 63, 899.
- Lohnansprüche bei Arbeitsaus-
fall infolge von Arbeitskämpfen,
RdA 1967, 45.
- Das Übermaßverbot im Arbeits-
kampfrecht, ZfA 1971, 319.

- Die Neutralitätsverpflichtung der Bundesanstalt für Arbeit (BfA) bei Arbeitskämpfen (§ 116 AFG), RdA 1972, 73.
- Arbeitsentgelt und Arbeitskampf, RdA 1973, 22.
- Löwisch-Hartje Der wilde Streik nach dem Recht der Bundesrepublik, RdA 1970, 321.
- Löwisch-Krauß Die Aussperrung, AR-Blattei, (D) Arbeitskampf III, Aussperrung, 1973.
- Lotmar Der Arbeitsvertrag, Bd. II, Leipzig 1908.
- von Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl., Berlin-Frankfurt 1966.
- Mayer-Maly/Nipperdey Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, Tübingen 1965.
- Maunz-Dürig-Herzog Grundgesetz, 4. Aufl., München 1977
- Medicus Bürgerliches Recht, 7. Aufl., Köln-Berlin-München 1975.
- Möller-Lücking Arbeitskampf und Neutralitätspflicht der Bundesanstalt für Arbeit, SozSich 1972, 13.
- Molitor Anmerkung zu LAG Hannover, BB 1953, 886.
- Müller, Gerhard Die dem Einzelarbeitsvertrag vom Arbeitverband her innewohnende Beeinflussung, DB 1958, 712; 740.

- Der Arbeitskampf als Rechtsinstitution - Gedanken zum Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik Deutschland, AuR 1972, 1.
- Müller, Heinz-Eberhard Die Betriebsverbundenheit, Diss. Frankfurt a.M. 1930.
- Muhr Arbeitskampf, Verwirklichung des Sozialstaatsauftrags und Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit, RdA 1973, 9.
- Mugdan Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
- Musa Arbeitslosenversicherung und Arbeitskampfrecht unter Berücksichtigung der Diskrepanz zwischen dem Übereinkommen Nr. 102 der JAO und § 84 AVAVG, AuR 1966, 11.
- Zur Rechtfertigung der Aussperrung, RdA 1971, 346.
- Wechselwirkung zwischen Neutralitätspflicht der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen und Neutralitätspflicht, AuR 1976, 161
- Neumann-Duesberg Der Lohn- und Gehaltsanspruch des Arbeitnehmers bei der vom Arbeitgeber verschuldeten Arbeitsunfähigkeit (§ 324 I BGB), DB 1969, 261.

Röhsler

Der Solidaritätsgedanke im Individualarbeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 12, 1974, S. 107.

Die Arbeitszeit,
Berlin 1973

Rümelin

Dienstvertrag und Werkvertrag,
Tübingen 1905.

Rüthers

Streik und Verfassung,
Köln 1960.

Zur Rechtmäßigkeit von
Sympathiearbeitskämpfen,
BB 1964, 312.

Die Spannung zwischen individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Wertmaßstäben im Arbeitsrecht,
AuR 1967, 129.

Das Recht der Gewerkschaften auf Information und Mitgliederwerbung im Betrieb, RdA 1968, 161.

Zur Kampfparität im Arbeitsrecht, Jura 1970, 85.

Rechtsprobleme des "tarifbezogenen" wilden Streiks,
DB 1970, 2120.

Solidaritätsprinzip und Vertragstreue im Arbeitskampf,
ZfA 1972, 403.

Arbeitgeber und Gewerkschaften - Gleichgewicht oder Dominanz -,
DB 1973, 1649.

- Rumpf Die Mitwirkung der Arbeitnehmervertretungen in wirtschaftlichen Angelegenheiten,
BB 1972, 325.
- Runggaldier Die streikbedingte Betriebsstörung nach italienischem Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung,
RdA 1975, 238.
- Säcker Herabsetzung nichttariflicher Arbeitsbedingungen durch kollektive Änderungskündigung,
DB 1967, 1086.
- Arbeitskampf und Arbeitsplatzrisiko, DB 1969, 1890, 1940.
- Die Regelung sozialer Angelegenheiten im Spannungsfeld zwischen tariflicher und betriebsvereinbarungsrechtlicher Normsetzungsbefugnis,
ZfA-Sonderheft 1972, S. 41.
- Zu den rechtspolitischen Grundlagen der Arbeitskampfentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April und 26. Oktober 1971,
GMH 1972, 287.
- Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht,
Berlin 1972.
- Gruppenparität und Staatsneutralität als verfassungsrechtliche Grundprinzipien des Arbeitskampfsrechts,
Heidelberg 1974,
zit.: Gruppenparität.

Die Institutions- und Betätigungsgarantie der Koalitionen im Rahmen der Grundrechtsordnung, Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 12, 1974, S. 17.

Schaub Arbeitsrechtshandbuch,
3. Aufl.,
München 1977.

Scheuner Der Inhalt der Koalitionsfrei-
 heit,
 Berlin-Frankfurt 1961.

Schieckel Arbeitsförderungsgesetz, Bundes-
ausbildungsgesetz, Berufsbil-
dungsgesetz, 3. Aufl., Percha
am Starnberger See,
Stand: Oktober 1977.

Schlaich Neutralität als verfassungs-
 rechtliches Prinzip,
 Tübingen 1972.

Schnorr v. Carolsfeld Arbeitsrecht, 2. Aufl.,
Göttingen 1954.

Schönefelder-Kranz-Wanka Kommentar zum Arbeitsförderungs-
gesetz,
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz,
Stand: August 1976.

Scholz Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971.

Schlüter Die Rechtsfolgen mangelnder Beteiligung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten (§ 87 BetrVG n.F.), DB 1974, 92: 139.

- | | |
|------------------------|---|
| Schmid, Hans-Dieter | Das Lohnrisiko bei Streik in
Drittbetrieben,
JuS 1977, 92. |
| Schmid, Richard | Bemerkungen zum Thema
Aussperrung,
GMH 1964, 326. |
| Schmidt, Reimer | Die Obliegenheiten,
Karlsruhe 1951. |
| Schmidt, Otto | Kritische Gedanken zu Kollektivwirkung, Individualbereich und personenrechtlichem Gemeinschaftsdenken im Arbeitsrecht, AcP 162, 305. |
| Schwegler | Streikrecht und Rechtsprechung,
GMH 1972, 299. |
| Schwerdtner | Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen,
Heidelberg 1970.

Gemeinschaft, Treue, Fürsorge -
oder: die Himmelfahrt des
Wortes,
ZRP 1970, 62. |
| Schwerdtfeger, Günther | Arbeitslosenversicherung und
Arbeitskampf, Berlin 1974. |
| Seiter | Streikrecht und Aussperrungsrecht, Tübingen 1975.

Die Entwicklung der
Rechtsprechung im Jahre 1969,
ZfA 1970, 355. |

- Söllner
Ohne Arbeit kein Lohn,
AcP 167, 132.

Zu den Rechtsfolgen der
Aussperrung, DB 1969, 838.

Arbeitsrecht, 5. Aufl.,
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz
1976.
- Stadler
Sympathie-Arbeitskampf,
BB 1967, 719.
- Staudinger
Bürgerliches Gesetzbuch,
Bd. II, Recht der Schuldver-
hältnisse, 3. Teil, 11. Aufl.,
Berlin 1958,
zit.: Staudinger-Bearbeiter.
- von Stebut
Die Zulässigkeit der Einführung
von Kurzarbeit,
RdA 1974, 332.
- Steindorff
Wirtschaftsrechtliche Maßstäbe
im Arbeitsrecht,
RdA 1965, 253.
- Stern
Die Auswirkungen des Streiks
und der Aussperrung auf die
Sozialversicherung,
BB 1973, 201.
- Tennstedt
Die Neutralität des Staates
im Arbeitskampf, AuR 1973, 168.
- Titze
Die Unmöglichkeit der Leistung
nach deutschem bürgerlichen
Recht,
Leipzig 1900,
zit.: Titze, Unmöglichkeit.

- Risikofrage im Arbeitsverhältnis,
JW 1922, 548.
- Tomandl Der Lohnanspruch Arbeitswilliger im Arbeitskampf,
AcP 164, 183.
- Trautmann Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrag, GruchBeitr. (1915) 59, 434.
- Trescher Der Einfluß der kollektiven Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer in Betrieben und Unternehmen auf die Tragung des "Betriebsrisikos", Diss. Marburg 1967.
- Weber, Heinz Die Stellung der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen, RdA 1972, 80.
- Weber, Werner Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, Berlin 1965.
- Weber-Paul Gemeinschaftskommentar zum Arbeitsförderungsgesetz, bearbeitet von Eckert, Maibaum, Schmidt, Schrader, Weber und Paul, Berlin-Neuwied, Stand: August 1977
- Weller Vom AVAVG zum AFG
SozSich 1970, 36.
- Wertenbruch-Meier Arbeitskampf, Neutralitätsgebot und sozialrechtliches Beschäftigungsverhältnis, SGB 1973, 297.

- Wiedemann Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966.
- Die deutschen Gewerkschaften, Mitgliederverband oder Berufsruforgan, RdA 1969, 321.
- Weiss Arbeitskampfbedingte Störungen in Drittbetrieben und Lohnansprüche der Arbeitnehmer, AuR 1974, 37.
- Weitnauer Rechtmäßigkeit und rechtliche Folgen des "wilden" Streiks, DB 1970, 1639, 1687.
- Wolf, Ernst Das Arbeitsverhältnis - Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis oder Schuldverhältnis? Marburg 1970.
- Wolf, Manfred Tarifautonomie, Kampfparität und gerechte Tarifgestaltung, ZfA 1971, 151.
- Zeuner Begrenzungen der Lohnzahlungspflicht als Problem der Risikotragung, AuR 1975, 300.
- Zöllner Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, Düsseldorf 1967.
- Der Abbau einheitsvertraglicher Arbeitsbedingungen im nichttariflich gesicherten Bereich. Bemerkungen zum arbeitskampfrechtlichen Symmetriegedanken und zum Ordnungsprinzip, RdA 1969, 250.

Aussperrung und arbeitskampf-
rechtliche Parität,
Düsseldorf 1974.

Arbeitsrecht,
1. Aufl., München 1977.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABA	Arbeit, Beruf und Arbeitslosenhilfe (Zeitschrift).
AFG	Arbeitsförderungsgesetz.
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und der Arbeitsgerichte).
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz.
ArbR	Arbeitsrecht (Zeitschrift).
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei.
ARS	Arbeitsrechtssammlung (Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte).
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift).
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung.
BABl	Bundesarbeitsblatt.
BAGE	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts.
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz.

BfA	Bundesanstalt für Arbeit.
BGBI.	Bundesgesetzblatt.
Breith.	Sammlung von Entscheidungen der Sozialversicherung, Versorgung und Arbeitslosenversicherung, herausgegeben von Breithaupt.
BSGE	Amtliche Sammlung von Entschei- dungen des Bundessozialgerichts.
BSHG	Bundessozialhilfegesetz.
Bt.-Drs.	Bundestagsdrucksache.
BUrlG	Mindesturlaubsgesetz für Arbeit- nehmer (Bundesurlaubsgesetz).
Der ArbG	Der Arbeitgeber (Zeitschrift).
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund.
E	Entwurf.
GMH	Gewerkschaftliche Monatshefte.
GruchBeitr.	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Zeitschrift).
HWArbR	Handwörterbuch des Arbeitsrechts.
IG	Industrie-Gewerkschaft.
ILO	International Labour Organization (Internationale Arbeitsorganisation)

JurA	Juristische Analysen (Zeitschrift).
JW	Juristische Wochenschrift.
KSchG	Kündigungsschutzgesetz.
NZfA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht.
RAG	Reichsarbeitsgericht.
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift).
RHG	Reichshaftpflichtgesetz.
RVO	Reichsversicherungsordnung.
SGb	Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift).
TVG	Tarifvertragsgesetz.
SozSich	Soziale Sicherheit (Zeitschrift).
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht (Zeitschrift).
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht.
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik.

Im übrigen richten sich die Abkürzungen nach Kirchner,
Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl.,
Berlin 1968.

A. EINLEITUNG

I. Die Problemstellung

Das Problem des Betriebsrisikos spielt im Arbeitsrecht bei der Frage eine Rolle, ob ein Arbeitnehmer seinen Entgeltanspruch behält, wenn er seine Arbeitsleistung infolge einer unverschuldeten Betriebsstörung nicht erbringen kann. Wenn der Arbeitgeber das Entgelt während der Betriebsstörung weiterzahlen muß, trägt er das Betriebsrisiko, anderenfalls trägt es der Arbeitnehmer. Statt vom Betriebs- kann man daher auch vom Lohnrisiko sprechen.¹

Eine Betriebsstörung kann auf verschiedene Ursachen zurückzuführen sein: z.B. mangelnde Rohstoffversorgung, defekte Maschinen, Brand in der Fabrik, Frost, behördlich angeordnete Landestrauer, Stromausfall, Energieverknappung oder Arbeitskampf. Während bei Betriebsstörungen, die durch andere Ereignisse als einen Arbeitskampf verursacht worden sind, heute wenigstens im Ergebnis Einigkeit dahin besteht, daß der Arbeitgeber den Lohn fortzahlen muß, ist die Verteilung des Betriebsrisikos bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen heftig umstritten. Die vorliegende Arbeit untersucht nur die Frage, ob und wann bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen das Arbeitsentgelt fortgezahlt werden muß.

Ein Arbeitskampf hat zunächst einmal Auswirkungen im unmittelbar arbeitskampfbetroffenen Betrieb.

1 Vgl. Eisenstein, Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen bei Streik und Aussperrung, S. 11, Fn. 2.

Streikende oder ausgesperrte Arbeitnehmer haben keinen Anspruch auf Lohn, weil durch den Arbeitskampf die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis suspendiert sind.¹ Bei den arbeitswilligen Arbeitnehmern, die aufgrund eines Arbeitskampfes nicht beschäftigt werden können, sind dagegen die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht suspendiert. Hier stellt sich die Frage, ob wegen des Arbeitskampfes der Lohnanspruch wegfällt.

Ferner kann ein Arbeitskampf über den Bereich eines unmittelbar arbeitskampfbetroffenen Betriebs hinaus Auswirkungen haben. Welche Fernwirkungen ein kampfwise ausgetragener Lohnkonflikt haben kann, zeigte der Arbeitskampf in der nordbadischen-nordwürttembergischen Metallindustrie im Jahre 1971. Es waren 100 000 Arbeitnehmer außerhalb des Geltungsbereichs des umkämpften Tarifvertrags mittelbar dadurch betroffen, daß ihre Arbeitgeber die Betriebe aufgrund des Arbeitskampfes stilllegen mußten.

Wie anfällig die hochindustrialisierte, arbeitsteilige Wirtschaft in der Bundesrepublik auf Störungen reagiert, läßt sich am Beispiel der Automobilindustrie leicht veranschaulichen. Fällt aufgrund eines Streiks die Produktion in einem Zulieferbetrieb aus, kann dies zur Folge haben, daß mehrere Automobilhersteller mangels des entsprechen-

1 BAGE 1, 291 (305); 23, 292 (311ff); Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 945. Das BAGE läßt in Einzelfällen sogar eine lösende Aussperrung zu (BAGE 1, 291 (310 f); 23, 292 (313 ff)); dagegen Brox, Festschrift für Nipperdey, Bd. II, S. 65 ff; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 223; Hoeniger, BB 1955, 704 ff; Fabricius, AuR 1962, 92; van Gelder, AuR 1972, 97 (109 ff); siehe im übrigen die ausführliche Literaturübersicht bei Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 937, Fn. 43 e.

den Zubehörs ihre Betriebe stilllegen müssen. Für diese Unternehmen ist es sodann oftmals wirtschaftlich sinnlos, andere Zubehörteile dritter Zulieferer abzunehmen, so daß letztere unter Umständen auch die Produktion einstellen müssen. Dabei muß es sich nicht nur um Betriebe innerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des umkämpften Tarifvertrags handeln. Es ist möglich, daß die mittelbar betroffenen Betriebe einem anderen Tarifbezirk angehören. Desweiteren können Unternehmen anderer Branchen betroffen werden, für die ein anderer Gewerkschaftsverband fachlich zuständig ist.

In der Regel sind die Auswirkungen eines Arbeitskampfes von den kampf führenden Verbänden genau kalkuliert. Oftmals werden Streiks schwerpunktmäßig durchgeführt.¹ Man versucht, die Arbeitgeberseite an der empfindlichsten Stelle zu treffen, um mit nur wenigen Streikenden die größtmögliche Wirkung zu erzielen. Bei regionalen Schwerpunktstreiks z.B. ist es gerade Absicht der Gewerkschaft, Betriebe innerhalb des räumlichen und fachlichen Geltungsbereichs des umkämpften Tarifvertrags mittelbar in den Kampf mit einzubeziehen, um so den Druck auf die Arbeitgeberseite zu vergrößern. Bei überregionalen Schwerpunktstreiks geht es dem fachlich zuständigen Gewerkschaftsverband darum, in mehreren Tarifbezirken einen gleichartigen Tarifvertrag abzuschließen.

Die Existenz solcher Streikformen zeigt, daß der Lohnfortzahlungsanspruch arbeitswilliger Arbeitnehmer nicht iso-

1 Schwerpunktstreiks werden allgemein für zulässig erachtet. Vgl. BAGE 23, 292 (311); Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 899 f, 1024; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 325.

liert individualrechtlich als ein Problem der Vergütungsgefahr gesehen werden kann. Das Arbeitskampfisiko und damit die Kampfparität der Sozialpartner wird durch einen Lohnfortzahlungsanspruch beeinflusst. Wenn die Arbeitgeber die Möglichkeit haben, bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen die Lohnzahlung zu verweigern, wird die Gewerkschaft eher zu einem Einlenken bei einer Tarifauseinsetzung bereit sein. Die Gewerkschaft sähe sich gezwungen, nicht nur an die Streikenden Streikunterstützung zu zahlen, sondern auch an die mittelbar arbeitskampfbetroffenen Arbeitnehmer. Soweit ersichtlich, besteht zwar grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf Streikunterstützung.¹ Dies gilt erst recht für nicht organisierte und am Arbeitskampf nicht beteiligte Arbeitnehmer.² Unterstützt die Gewerkschaft die mittelbar betroffenen Arbeitnehmer aber nicht, sind diese letztlich auf die Sozialhilfe nach dem BSHG angewiesen, sofern sie keine Leistungen der Arbeitslosenversicherung erhalten. Angesichts ihrer schlechten finanziellen Lage, würden die arbeitswilligen Arbeitnehmer versuchen, Druck auf die kampfführende Gewerkschaft auszuüben, um den Arbeitskampf zu beenden, insbesondere dann, wenn sie nicht vom umkämpften Tarifvertrag profitieren. Auf keinen Fall kann die Gewerkschaft die mittelbar betroffenen Arbeitnehmer völlig ignorieren, da sie für

1 Vgl. z.B. § 12 der Satzung der IG-Metall gültig ab 1.1.1972; § 9 der Satzung der IG Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr gültig ab 1.6.1972; § 14 der Satzung der IG Nahrung - Genuß - Gaststätten gültig ab 1.1.1971; § 6 der Satzung der Deutschen Angestelltengewerkschaft gültig ab 1971/72.

2 Vgl. § 26 I der Satzung der IG Chemie - Papier - Keramik gültig ab 1.7.1972; Nr. II 1 der Unterstützungsanordnung der Deutschen Angestelltengewerkschaft; vgl. dazu im übrigen Radke, RdA 1973, 14 (21).

sich in Anspruch nimmt, zumindest die Interessen der gesamten organisierten Arbeitnehmerschaft zu vertreten.¹

Entsprechend wird das Kampfisiko der Arbeitgeber von einem Lohnfortzahlungsanspruch beeinflusst. Besteht kein solcher Anspruch, sind die Arbeitgeber schon aus wirtschaftlichen Gründen in der Lage, einen Arbeitskampf eher zu riskieren und länger durchzuhalten.

Wie bereits erwähnt, hängt das Arbeitskampfisiko der Sozialpartner auch davon ab, ob bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen Leistungen von der Arbeitslosenversicherung erbracht werden. Der Streikfonds der Gewerkschaft wird geschont, wenn stattdessen Arbeitslosen- oder Kurzarbeitergeld nach dem AFG gewährt wird. So stellte sich bei dem Arbeitskampf in der Metallindustrie im Tarifbezirk Nordwürttemberg - Nordbaden für eine große Anzahl von arbeitswilligen Arbeitnehmern die Frage, ob sie Kurzarbeitergeld erhalten konnten oder ob ihr diesbezüglicher Anspruch gem. §§ 70, 116 III AFG infolge des Arbeitskampfes ruhte. Nach § 116 I AFG darf die Bundesanstalt für Arbeit (BfA) nicht durch die Gewährung von Leistungen in Arbeitskämpfe eingreifen. Insoweit kann die Betriebsrisikoproblematik nicht ohne Berücksichtigung des Sozialversicherungsrechts, insbesondere des § 116 AFG, gelöst werden.

1 Vgl. Gerhard Müller, DB 1957, 718 ff.

II. Die Abgrenzung des Themas

1. Die Abgrenzung zum sog. Betriebsrisiko i.w.S.

Mit der Frage der Lohnfortzahlung bei Betriebsstörungen hängt die Frage der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zusammen. Besteht bei Betriebsstillegungen die Möglichkeit der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses, so entfielen das Lohnfortzahlungsproblem. Es geht dann um das Beschäftigungsrisiko des Arbeitnehmers bei Betriebsstörungen. Dieses Beschäftigungsrisiko wird zum Teil als "Betriebsrisiko i.w.S." bezeichnet, während man unter Betriebsrisiko i.e.S. die Lohnfortzahlungsproblematik versteht.¹ Das Beschäftigungsrisiko ist jedoch eine Frage des Kündigungsrechts. Denn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses beurteilt sich nach dem Kündigungsrecht, das eine gesonderte Problematik darstellt. Eine automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund einer Betriebsstörung kommt nicht in Betracht.² Auch eine fristlose Kündigung allein wegen der Betriebsstörung ist grundsätzlich nicht möglich.³ Es ist also nicht gerechtfertigt, diese Fragen unter die Lohnfortzahlungsproblematik zu ziehen. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist vielmehr eine der weiteren Folgen, die aus einer Betriebsstörung entstehen können.

1 Unterscheidungen nach Jorns, Das Betriebsrisiko, S. 13.

2 A.A.: Jorns, a.a.O., S. 150.

3 BAGE 24, 446 (448); LAG Berlin, DB 1975, 839; Palandt-Putzo, § 626, Anm. 5 n.

2. Die Abgrenzung zum Wirtschaftsrisiko

Vom Betriebsrisiko unterscheidet man das sog. Wirtschaftsrisiko. Während beim Betriebsrisiko die Betriebsstörung ihre Ursache in der technischen Unmöglichkeit des Produzierens findet, kommen für das Wirtschaftsrisiko wirtschaftliche Hinderungsgründe in Betracht. Bestehen für bestimmte Produkte keine Absatzmärkte mehr, da Abnehmerbetriebe bestreikt werden, ist eine Weiterherstellung dieser Produkte zwar möglich, aber wirtschaftlich sinnlos. Nach der älteren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts¹ und eines Teils der Literatur² trägt der Arbeitgeber das Wirtschaftsrisiko. Dies wird inzwischen von einem immer größer werdenden Teil der Literatur und nunmehr auch von der Rechtsprechung³ im Hinblick auf die Fernwirkungen von Arbeitskämpfen angezweifelt. Danach richtet sich die Verteilung des Wirtschaftsrisikos nach den gleichen Grundsätzen wie die des Betriebsrisikos.⁴

Die Fälle des Wirtschaftsrisikos stellen zumindest eine gesonderte Problematik bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen dar. Eine Lösung hängt daher auch von den

1 BAG AP Nr. 13 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; auch LAG Düsseldorf, BB 1954, 965.

2 Hueck-Nipperdey I, S. 349; Nikisch I, S. 609; ders., II, S. 177; Jorns, a.a.O., S. 12; Ballerstedt, AuR 1966, 225 (227 ff).

3 ArbG Kassel, DB 1972, 1121 ff; BAG AP Nr. 30 zu § 615 Betriebsrisiko.

4 Brox-Rüthers, a.a.O., S. 268; Weiss, AuR 1974, 37; Schmid, JuS 1977, 92 (98); Löwisch, DB 1963, 894 (901); ders., RdA 1967, 45 (49 f); vgl. auch RAG ARS 9, 537; RAG ARS 13, 160 (165); RAG ARS 23, 219 (225)

Grundsätzen ab, nach denen sich die Tragung des Betriebsrisikos zu richten hat.

B. DIE ÜBERSICHT ÜBER DIE BISHERIGEN LÖSUNGSVERSUCHE
UNTER BERÜCKSICHTIGUNG IHRER HISTORISCHEN ENTWICKLUNG

I. Die Verteilung des Betriebsrisikos nach den
Vorschriften des BGB

Ursprünglich nach Inkrafttreten des BGB versuchte man, allein auf der Grundlage des § 323 I BGB oder des § 615 BGB zu einer Lösung zu gelangen.

1. Die Unmöglichkeitstheorie

Nach der Unmöglichkeitstheorie verliert der Arbeitnehmer gem. § 323 I BGB seinen Lohnanspruch, wenn er infolge einer Betriebsstörung seine Arbeitsleistung nicht erbringt. Die Vertreter der Unmöglichkeitstheorie¹ meinen, daß der Arbeitnehmer verpflichtet sei, die Arbeit konkret zu leisten. Die Arbeitsleistung sei daher unmöglich, wenn der Arbeitgeber diese nicht annehmen könne, weil das Leistungssubstrat oder andere Arbeitsvoraussetzungen fehlten. Ständen z.B. aufgrund eines Stromausfalls die Fließbänder in einem Betrieb still, komme es zur Unmöglichkeit der Arbeitsleistung. Wenn der Stromausfall von

1 Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, S. 24 ff; Lotmar, Der Arbeitsvertrag II, S. 282; Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 82.

keiner Seite verschuldet sei,¹ verliere der Arbeitnehmer mithin gem. § 323 I BGB seinen Lohnanspruch.

2. Die Annahmeverzugslehre

Die Annahmeverzugslehre² kommt in denselben Fällen zur entgegengesetzten Rechtsfolge. Nach dieser Lehre ist es bei der Frage der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung nicht maßgebend, ob die Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers unmöglich sei. Entscheidend sei allein, ob der Arbeitnehmer "an sich" zur Leistung imstande sei. Auf der Grundlage dieser Auffassung kommt der Arbeitgeber bei einer Betriebsstörung gem. §§ 293 ff BGB in Annahmeverzug, mit der Folge, daß er gem. § 615 BGB den Lohn fortzahlen muß.

1 Siehe zur Frage des "Verschuldens" im Rahmen von §§ 323 I, 324 I BGB unten C. I. 3. a.

2 Trautmann, GruchBeitr., Bd. 59 (1915), 434 f; Oertmann, AcP 116, 23 ff; Titze, JW 1922, 549 entgegen seiner früheren Ansicht, Die Unmöglichkeit, S. 24 ff.

3. Die Regelungslücke im BGB

Formallogisch erscheinen die Begründungen beider Auffassungen vertretbar.¹ Das Arbeitsverhältnis ist ein gegenseitiges Schuldverhältnis,² auf das die §§ 323, 615 BGB grundsätzlich Anwendung finden.³ Das Gesetz definiert nicht ausdrücklich, wann eine Arbeitsleistung unmöglich wird, wenn diese infolge eines Hindernisses unterbleibt. Auch die Entstehungsgeschichte des BGB läßt nicht erkennen, wie bei den Betriebsrisikofällen Unmöglichkeit der Leistung vom Annahmeverzug abzugrenzen ist.⁴ Der Gesetzgeber hatte das Problem zwar erkannt, aber offengelassen, welche Vorschrift, § 323 I BGB oder § 615 BGB, anzuwenden ist.⁵

Es liegt jedoch auf der Hand, daß die Rechtsfolgen beider Vorschriften in allen Einzelfällen nicht befriedigen können. Folgt man der Unmöglichkeitstheorie, erscheint es unbillig, daß der Arbeitnehmer als der wirtschaftlich schwächere Partner bei zufälligen Betriebsstörungen ohne Aus-

1 Vgl. Brox, SchR AT, Rdn. 259.

2 H.M. vgl. BAG AP Nr. 14 zu § 56 BetrVG 1952; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, Vor § 611, Rdn. 40; a.A. Pott-hoff, ArbR 1922, 267 (275 f), der eine sog. personen-rechtliche Lehre vertritt. Vgl. zu dieser Problematik auch Ernst Wolf, Das Arbeitsverhältnis - Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis oder Schuldverhältnis?, Marburg 1970.

3 Palandt-Putzo, Einf. § 611, Anm. 1 c.

4 Vgl. Mugdan, Bd. II, S. 899 f, Protokolle §§ 561, 562.

5 Vgl. zur Entstehungsgeschichte Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, S. 54 f.

nahme das Lohnrisiko tragen soll. § 323 I BGB wird der Tatsache nicht gerecht, daß die Arbeitskraft ein "Wert in der Zeit" ist.¹ Sobald der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft wegen einer Betriebsstörung nicht einsetzen kann, geht deren wirtschaftlicher Wert für diesen Zeitraum verloren. Der Arbeitnehmer kann seine Arbeitskraft in der Regel keinem anderen Arbeitgeber anbieten, wenn sein Betrieb vorübergehend stillliegt. Er muß zumindest die Kündigungsfristen einhalten. Insoweit unterscheidet sich die Arbeitsleistung von einer Sachleistung, deren Wert erhalten bleibt, wenn der Gläubiger diese nicht annehmen kann.²

Ebenfalls befriedigt die ausnahmslose Anwendung des § 615 BGB zumindest bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen nicht. Man empfindet es zu Recht als unbillig, wenn der Arbeitgeber z.B. bei einem gezielten Teilstreik, der zu einer Betriebsstillegung führt, neben der Zahlung der Generalkosten auch noch die Löhne fortzahlen soll. Die Gewerkschaft hätte die Möglichkeit, durch eine geschickte Streiktaktik einen "billigen" Streik durchzuführen, der ihren Streikfonds kaum belasten würde.

In Rechtsprechung und Literatur setzte sich daher schon früh die Erkenntnis durch, daß das BGB hinsichtlich der hier interessierenden arbeitskampfbedingten Betriebs-

1 Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, S. 247.

2 Fabricius, a.a.O., S. 71, 92.

störungen eine Lücke enthalte.¹ Sinn und Zweck des BGB sei es, die individualrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu regeln.² Mit der Entwicklung des kollektiven Arbeitsrechts habe sich die "Normsituation" der §§ 323 I, 615 BGB geändert.³ Da beim Inkrafttreten des BGB kein kollektives Arbeitsrecht existierte, habe der Gesetzgeber demzufolge die in diesem Zusammenhang auftauchenden Fragen der Lohnfortzahlung bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen nicht berücksichtigen können.

II. Die Verteilung des Betriebsrisikos aufgrund kollektivrechtlicher Wertungen

1. Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 6.2.1923 (RGZ 106, 272)

Diese Regelungslücke im BGB versuchte man zunehmend mit Hilfe kollektivrechtlicher Wertungen zu schließen. Maßgebenden Anteil an dieser Entwicklung kommt dem Urteil des Reichsgerichts vom 6.2.1923 zu. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Als die Arbeitnehmer

1 Z.B.: RGZ 106, 272 (275); BAG AP Nr. 2, 3, 14, 15 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Hueck-Nipperdey I, S. 230; Ballerstedt, AuR 1966, 225 (230); Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, S. 84 f; Biedenkopf, Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, S. 2; Fabricius, a.a.O., S. 90; vgl. auch Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 122 f.

2 RGZ 106, 272 (275).

3 Ehmann, DB 1973, 1946 (1948).

eines Elektrizitätswerks streikten, konnten die Straßenbahnen aufgrund dessen nicht fahren. Die einem anderen Gewerkschaftsverband als die Streikenden angehörenden Straßenbahnfahrer verlangten gleichwohl ihren Lohn. Das Reichsgericht hat die Zahlungsverweigerung für rechtens erklärt. Es suchte eine Lösung unter völliger Außerachtlassung des BGB und erkannte damit erstmals an, daß es hier nicht allein um ein individualrechtliches Problem geht, sondern daß auch kollektive Interessen eine Rolle spielen. Bei der Lösung des Falls trägt das Gericht zum einen der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft Rechnung, zum anderen der angeblichen Gruppenzugehörigkeit aller Arbeitnehmer. Das Reichsgericht hat dazu ausgeführt,¹ daß das Ergebnis eines Betriebs durch das gemeinschaftliche Zusammenwirken von Unternehmer und Arbeitnehmerschaft erzielt werde. Deshalb sei es dem Arbeitgeber nicht zuzumuten, bei Betriebsstörungen, die von der Arbeitnehmerschaft verursacht worden seien, allein den Verlust zu tragen. Nicht nur die Streikenden müßten sich den Wegfall der Lohnzahlungen gefallen lassen, sondern auch die, die sich dem Streik nicht angeschlossen hätten. Dies sei gerechtfertigt, weil die Genossen der arbeitswilligen Arbeitnehmer den Streik verursacht hätten. Arbeitnehmerschaft und Arbeitgeber ständen sich insoweit als Gruppen gegenüber.

¹ RGZ 106, 272 (275).

2. Die Betriebsrisikolehre

Auf der Grundlage dieses Urteils haben Rechtsprechung und Literatur die sog. Betriebsrisikolehre entwickelt. Darunter kann man zusammengefaßt alle Meinungen verstehen, die unter Außerachtlassung individualrechtlicher Vorschriften eine Lösung des Betriebsrisikoproblems suchen.¹ Diesen Ansichten ist gemeinsam, daß sie grundsätzlich dem Arbeitgeber das Betriebsrisiko zuweisen. Lediglich bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen macht man von diesem Grundsatz Ausnahmen.

a) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Betriebsrisikolehre

Die ältere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wandte im Rahmen der Betriebsrisikolehre die sog. Sphärentheorie an. Man vertrat danach den Standpunkt, daß Störungen im Betriebsablauf grundsätzlich in die Sphäre des Arbeitge-

1 Aus der umfangreichen Rechtsprechung und Literatur: BAG AP Nr. 2, 3, 5, 14, 15, 29, 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; ArbG Kassel, DB 1972, 1121; Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 945 ff; Nikisch I, S. 605 ff; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, S. 93 ff; Brox-Rüthers, a.a.O., S. 267 ff; Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch und Gemeinschaftsverhältnis, S. 88 f; Jorns, a.a.O., S. 106 ff; Eisenstein, a.a.O., S. 64 ff; Danz, Die Verteilung des Lohnrisikos in kampf-betroffenen Drittbetrieben, S. 46 f; Löwisch, DB 1963, 899 ff; ders., RdA 1967, 45 ff; Ballerstedt, AuR 1966, 225 ff.

bers fielen, so daß dieser den Lohn fortzahlen müsse.¹ Nur streikbedingte Störungen seien der Arbeitnehmersphäre zuzuordnen mit der Folge, daß auch arbeitswillige Arbeitnehmer ihren Lohnanspruch verlieren würden. Das Bundesarbeitsgericht wandte diese Lösung bei allen Einzelfällen an, die es zu entscheiden hatte. Der mittelbar betroffene Arbeitnehmer mußte den Lohnverlust sowohl beim Teilstreik im eigenen als auch beim Streik in einem dritten Betrieb hinnehmen.² Man unterschied im Ergebnis nicht, ob die mittelbar betroffenen Arbeitnehmer organisiert sind oder nicht.³ Auch Angestellte verloren ihren Lohnanspruch, wenn die Betriebsstörung durch einen von Arbeitern geführten Streik verursacht worden ist.⁴ Es spielte auch keine Rolle, ob es sich um einen rechtmäßigen oder wilden Streik handelt.⁵ Eine Ausnahme bestand lediglich, wenn die Betriebsstörung auf eine Aussperrung zurückzuführen ist. In diesem Fall mußte wiederum der Arbeitgeber das Lohnrisiko tragen, weil die Störung aus seiner Sphäre stammen soll.⁶

1 Ausdrücklich BAG AP Nr. 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 3).

2 BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 2 f), Nr. 4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 1 f).

3 BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 2).

4 BAG AP Nr. 4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 4), Nr. 8 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 2).

5 BAG AP Nr. 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 3 R).

6 BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

Die neue Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist von dieser pauschalen Sphärenzuordnung zumindest teilweise abgerückt. In zwei Einzelfällen, in denen es um den Einsatz externer Arbeitnehmer in einem später bestreikten Drittbetrieb ging, entschied das Gericht, daß diese Arbeitnehmer trotz einer streikbedingten Betriebsstörung einen Lohnanspruch hätten. Bei der einen Entscheidung handelte es sich um einen personal-leasing-Unternehmer, dessen Arbeitnehmer aufgrund eines Streiks in dem Betrieb, in welchem dieser eingesetzt war, nicht arbeiten konnte.¹ Bei der anderen Entscheidung ging es zwar nicht um ein personal-leasing-Unternehmen. Der Fall ist jedoch mit dem vorhergehenden vergleichbar, weil es sich um ein Unternehmen handelte, das seine Arbeitnehmer extern in einem dritten Betrieb beschäftigte, der später bestreikt wurde.² Nach der Ansicht des Bundesarbeitsgerichts gehört es in diesen Fällen grundsätzlich zum allgemeinen Unternehmerisiko, daß extern arbeitende Mitarbeiter beschäftigt werden können.³

b) Die Betriebsrisikolehre in der Literatur

In der Literatur hat die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Betriebsrisikolehre vielfältige Kritik erfahren. Diese richtet sich u.a. dagegen, daß die Rechtspre-

1 BAG AP Nr. 29 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

2 BAG AP Nr. 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

3 Vgl. Seiter, Urteilsanmerkung zu BAG AP Nr. 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 4).

chung die Anwendung der BGB-Vorschriften zu strikt ablehnt.¹ Hinsichtlich des Wegfalls des Lohnanspruchs wird teilweise danach differenziert, ob der arbeitswillige Arbeitnehmer organisiert² oder ob er Angestellter oder Arbeiter ist.³ Andere Autoren beschränken den Lohnverlust nur auf die Arbeitnehmer, die dem bestreikten Betrieb angehören.⁴ Zum Teil wird danach unterschieden, ob die mittelbar betroffenen Arbeitnehmer unter den räumlichen oder fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fallen.⁵ Nach anderer Ansicht muß der Arbeitgeber das Entgelt solange fortzahlen, bis er zur Aussperrung übergeht oder Kurzarbeit einführt.⁶

Ferner ist umstritten, wie bei einer aussperrungsbedingten Betriebsstörung zu verfahren sei. Während ein Teil der Literatur im Gegensatz zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aussperrungsbedingte Betriebsstörungen den

1 Vgl. Beuthien, a.a.O., S. 87 f; Trescher, Der Einfluß der kollektiven Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer in Betrieben und Unternehmen auf die Tragung des Betriebsrisikos, S. 29 ff; Nitsche, Die Betriebsrisikolehre, S. 101 f.

2 Jorns, a.a.O., S. 156; Biedenkopf, a.a.O., S. 21.

3 Molitor, Anm. zu LAG Elberfeld, ArbR 1925, Sp. 297 (301).

4 Galperin, RdA 1949, 8 (12).

5 Nitsche, a.a.O., S. 145 ff.

6 Sog. Lehre von der Aussperrungsobliegenheit. Vgl. Hueck-Nipperdey II, 6. Aufl., S. 615; Bötticher, Waffengleichheit und Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im kollektiven Arbeitsrecht, S. 13; Danz, a.a.O., S. 123; Weiss, AuR 1974, 37 (48).

streikbedingten gleichstellt, ¹ kommt es nach anderer Meinung darauf an, welches Kampfmittel den Arbeitsausfall verursacht habe. ²

Letzlich besteht keine Einigkeit, ob die Grundsätze, die für einen rechtmäßigen Streik gelten, auch für einen wilden Streik anzuwenden seien. ³

C. DIE KRITISCHE ERÖRTERUNG DER UNTERSCHIEDLICHEN ARGUMENTATION DER BISHERIGEN LÖSUNGSVERSUCHE

I. Die grundsätzliche Belastung des Arbeitgebers mit dem Betriebsrisiko

1. Die Begründung aus der Wirtschaftsverfassung

Die Betriebsrisikolehre versucht, die grundsätzliche Lohnfortzahlungspflicht hauptsächlich aus den Prinzipien unserer Wirtschaftsverfassung abzuleiten. Derjenige, der die wirtschaftliche Initiative ergreife, die betriebliche Gestaltung organisiere und die Entscheidungsbefugnis inne-

1 Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 945; Mayer-Maly/Nipperdey, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, S. 41; Gift, RdA 1960, 166 (172); Löwisch, DB 1963, 899 (900); ders., RdA 1967, 45 (48).

2 Brox-Rüthers, a.a.O., S. 272; Ballerstedt, AuR 1966, 225 (231 f); teilweise nur hinsichtlich der Angriffsaussperrung Siebrecht, a.a.O., S. 120.

3 Dafür z.B. Weitnauer, DB 1970, 1687 (1691); Eisenstein, a.a.O., S. 74; dagegen Nitsche, a.a.O., S. 171 ff.

halte, habe auch die Verantwortung für Betriebsstörungen zu übernehmen.¹ Es bestehe eine Wechselbeziehung zwischen Herrschaft und Risikotragung. Desweiteren stehe dem Arbeitgeber der wirtschaftliche Gewinn aus dem Unternehmen zu, so daß er andererseits auch die Verluste tragen müsse.²

Diese Aussagen stoßen jedoch in ihrer Verallgemeinerung auf Bedenken.

a) Die Wechselbeziehung zwischen Herrschaft und Risikotragung

Die Wechselbeziehungen zwischen Herrschaft und Risikotragung mögen zwar ein wirtschaftlicher Erfahrungssatz sein, bedürfen aber in rechtlicher Hinsicht eines Nachweises. Allein aus wirtschaftlichen Überlegungen lassen sich keine juristischen Folgerungen ziehen. Es kommt darauf an, ob solche wirtschaftlichen Sachverhalte auf rechtlichen Regelungen beruhen. In diesem Zusammenhang wird die Institution der Gefährdungshaftung genannt.³ Dieser läßt sich verallgemeinernd der Grundsatz entnehmen, daß derjenige, der die Herrschaft innehält, auch das damit verbundene Risiko tragen muß. So hat gem. §§ 1, 1 a und 3 RHG der Betriebsunternehmer oder der Inhaber

1 BAG AP Nr. 2, 3, 4, 14 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Jorns, a.a.O., S. 122; Kaufmann, RdA 1952, 448.

2 BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Brox, Grundbegriffe, Rdn. 71; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 615, Anm. 66.

3 Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, S. 86 f.

einer Energieanlage für die im Zusammenhang mit dem Betrieb und der Anlage entstandenen Schäden unabhängig von einem Verschulden einzustehen. Die Ersatzpflicht besteht jedoch ähnlich wie bei der Betriebsrisikolehre nicht uneingeschränkt. Nach § 1 II 2 RHG kann eine Haftung entfallen, wenn der Schaden durch ein unabwendbares Ereignis oder gem. §§ 1 II 1, 1a III Nr. 3 RHG durch höhere Gewalt verursacht worden ist.

Gleichwohl sind die einer Gefährdungshaftung zugrundeliegenden Sachverhalte nur bedingt mit den Betriebsrisikofällen vergleichbar. Zum einen geht es bei der Gefährdungshaftung um deliktische Ansprüche, während es sich bei der Betriebsrisikoproblematik um vertragliche Ansprüche handelt. Zum anderen wird bei einer so weitgehenden Haftung - wie der Gefährdungshaftung - die von der Sache ausgehende Gefahr für die Allgemeinheit berücksichtigt. In dem Vertragsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem jeweiligen Arbeitnehmer besteht aufgrund des Arbeitsverhältnisses keine erhöhte Gefahrenlage. Aus diesen Gründen sind die Grundsätze der Gefährdungshaftung für die Betriebsrisikofälle nur insoweit interessant, als eine Haftung des Arbeitgebers für unverschuldete Störungen grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist.

b) Die Wechselbeziehung zwischen Gewinn und Verlust

Ebenso fraglich ist es, ob der Grundsatz "wer den Gewinn erhält, soll auch den Verlust tragen" hinsichtlich des Lohnanspruchs bei Betriebsstörungen rechtlich von Bedeutung ist. Diese Aussage ist wie die vorige auch ein wirtschaftlicher Erfahrungssatz. Rechtliche Grundlage könnte der sich aus der Rechtsordnung ergebende Satz sein, daß der

Eigentümer für die Verkehrssicherheit seines Eigentums verantwortlich ist.¹ Daraus könnte man den Grundsatz entnehmen, daß der Nutznießer einer Sache auch die sich daraus ergebenden Schäden tragen muß. Bei diesem Grundsatz geht es um eine sich aus dem Eigentum ergebende Verantwortlichkeit. Das Arbeitsverhältnis ist jedoch kein Eigentumsverhältnis, sondern ein Vertragsverhältnis. Im Vertragsrecht ist es aber keinesfalls die Regel, daß derjenige, der den Gewinn erhält, auch den Verlust trägt.²

2. Die Begründung aus der besonderen Natur des Arbeitsverhältnisses

Es erscheint deshalb richtiger, die grundsätzliche Lohnfortzahlungspflicht nicht aus allgemeinen Grundsätzen der Wirtschaftsverfassung abzuleiten, sondern speziell aus einer entsprechenden Interpretation des Arbeitsverhältnisses zu begründen.

a) Die Hauptpflicht des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis

Nikisch definiert die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers dahin, daß der Arbeitnehmer nur verpflichtet sei,

1 Z.B.: § 836 BGB.

2 Vgl. dazu auch Biedenkopf, a.a.O., S. 15; Ehmann, DB 1973, 1994 (1995).

seine Arbeitskraft dem Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen.¹ Indem der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Dienste zur Verfügung stelle, habe er seine Leistung erbracht und somit einen Anspruch auf Lohn.² Ob und welchen Gebrauch der Arbeitgeber von der Arbeitskraft des Arbeitnehmers mache, obliege der Direktionsbefugnis.

Diese Auffassung hängt mit der von Nikisch vertretenen Eingliederungstheorie zusammen.³ Danach gehört es zu den Hauptpflichten des Arbeitnehmers, sich in den Betrieb einzuordnen, seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen und den Arbeitsanweisungen des Arbeitgebers Folge zu leisten. Diese Ansicht ist aber zumindest insoweit abzulehnen, als Nikisch in der bloßen Zurverfügungstellung der Arbeitskraft bereits die Erfüllung der vom Arbeitnehmer geschuldeten Leistung sieht. Der Arbeitnehmer schuldet mehr, als nur seine Arbeitskraft bereitzuhalten. Typische Hauptpflicht des Arbeitnehmers ist es vielmehr, Arbeit zu leisten.⁴

1 Nikisch I, S. 159 ff, 598 ff.

2 Nikisch I, S. 325.

3 Nikisch I, S. 7 f, 167 ff, 270 ff.

4 Vgl. BAGE 1, 241 (245); Hueck-Nipperdey I, S. 197.

b) Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip

Nach der Auffassung von Wiedemann ergibt sich die grundsätzliche Lohnfortzahlungspflicht bei Betriebsstörungen aus dem sog. arbeitsrechtlichen Schutzprinzip.¹ Der Arbeitnehmer sei schutzbedürftig, weil er aufgrund seiner fremdbestimmten Tätigkeit in der Handlungsfreiheit eingeschränkt sei. Mit dem Eintritt in ein fremdes Unternehmen verliere der Arbeitnehmer einen Teil seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit. Dem Arbeitnehmer müsse deswegen auch ein Teil der Daseinsvorsorge abgenommen werden.² Zwar sei die Daseinsvorsorge keine zusätzliche Leistung des Arbeitgebers, sie komme aber in der Lohnzahlung zum Ausdruck. In jeder Lohnzahlung stecke gleichzeitig ein Versorgungselement. Letztlich tausche der Arbeitnehmer seine wirtschaftliche Unabhängigkeit gegen seine Versorgung ein. Der Arbeitgeber trage so an der Daseinsbewältigung des Arbeitnehmers mit.³

Aufgrund dieser Erkenntnis zieht Wiedemann den Schluß, daß der Arbeitgeber auch dann die Versorgung gewährleisten müsse, wenn er infolge einer Betriebsstörung die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht annehmen könne. Die

1 Wiedemann, a.a.O., S. 12 ff; ihm folgend: Danz, a.a.O., S. 43 - 47.

2 Wiedemann, a.a.O., S. 15; vgl. auch Esser-Schmidt, SchR I, 1. Halbbd., S. 261; weitere Literatur dazu bei Schwerdtner, Fürsorgetheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, S. 135, Fn. 45.

3 Wiedemann, a.a.O., S. 16 f.

Lohnfortzahlung treffe den Arbeitgeber als Reflex davon, daß er es mit der Einstellung des Arbeitnehmers übernommen habe, dessen Existenzgrundlage zu sichern.¹

Es stößt indes auf Zweifel, wenn man, wie Wiedemann, den versorgungsrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses in den Vordergrund rückt.² Die Versorgung ist für den Arbeitnehmer allenfalls ein Motiv zum Abschluß eines Arbeitsvertrages. Sie wird deshalb nicht zum Vertragsinhalt. Im Regelfall ist zwar der Arbeitslohn die einzige Einnahmequelle des Arbeitnehmers. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß das Arbeitsentgelt Versorgungscharakter für die insoweit bestehende wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers hat. Der Arbeitgeber zahlt den Lohn nicht, um den Arbeitnehmer zu versorgen, sondern als Gegenleistung für erbrachte Dienste.³ Es ist sodann Aufgabe des Arbeitnehmers, mit dem Geld, das ihm zur freien Disposition steht, seine Versorgung sicherzustellen. Der Arbeitgeber hat darauf keinen Einfluß.

Der Auffassung Wiedemanns ist jedoch insoweit zu folgen, als dieser die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers betont. Der Arbeitnehmer kann während einer Betriebsstörung keine Arbeitsleistung erbringen. In der Regel geht daher seine Arbeitskraft für diesen Zeitraum ungenutzt verloren,

1 Wiedemann, a.a.O., S. 88 f.

2 Vgl. dazu Schwerdtner, a.a.O., S. 134 ff; ders., ZRP 1970, 62 ff.

3 Vgl. Schwerdtner, a.a.O., S. 137.

da er kurzfristig keine neue Arbeitsstelle finden kann.¹ Wenn aber der Arbeitnehmer im Vertrauen auf seine Beschäftigung beim Arbeitgeber seine Arbeitskraft ausschließlich diesem zur Verfügung stellt, bedarf dieses Vertrauen eines Schutzes. Dem kann am besten Rechnung getragen werden, indem der Arbeitnehmer auch bei Betriebsstörungen seinen Lohnanspruch behält.

Es fragt sich jedoch, ob es zur Berücksichtigung dieser Schutzbedürftigkeit der Entwicklung eines besonderen arbeitsrechtlichen Schutzprinzips bedarf. Wie bereits erwähnt, enthält das BGB nach einhelliger Auffassung eine Lücke. Eine solche liegt aber nur in dem Umfang vor, in welchem das positive Recht keine Regelung trifft.² Es besteht kein Bedürfnis zur Rechtsfortbildung und damit für ein besonderes arbeitsrechtliches Schutzprinzip, wenn schon das BGB hinsichtlich der grundsätzlichen Lohnfortzahlungspflicht eine Regelung enthält, die im Wortlaut und ihrem Sinn und Zweck nach auf die Betriebsrisikofälle anwendbar ist. Auch wenn bei der Verteilung des Betriebsrisikos kollektivrechtliche Gesichtspunkte eine Rolle spielen, ist es keineswegs ausgeschlossen, daß die individualrechtlichen Vorschriften des BGB zur Anwendung kommen. Man muß lediglich in Einzelfällen den Anwendungsbereich der jeweiligen Norm einschränken.

¹ Vgl. Beuthien, a.a.O., S. 246 f.

² Larenz, Methodenlehre, S. 388.

3. Die Begründung mit den Vorschriften des BGB

Ein großer Teil der Literatur leitet die grundsätzliche Lohnfortzahlungspflicht aus § 615 BGB¹ oder § 324 BGB² ab. In diesem Rahmen wendet man sodann, ebenso wie die Betriebsrisikolehre, die Sphärentheorie an, um Ausnahmen von der Lohnfortzahlungspflicht zu begründen. Vereinzelt bemüht man sich auch in Anlehnung an die §§ 552, 645 BGB, denen ebenfalls der Sphärengedanke zugrundeliegt, ein sachgerechtes Ergebnis zu erzielen.³ Insoweit besteht, abgesehen von der dogmatischen Grundlage der generellen Lohnfortzahlungspflicht, kein Unterschied zur Betriebsrisikolehre.⁴

a) Die Anwendung des § 324 I BGB

Die Auffassung, die von einer Anwendung des § 324 I BGB ausgeht, wendet im Rahmen des "Vertretenmüssens" eine

1 Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S. 171; ders., AcP 116, 23 ff; ders. NZfA 1922, Sp. 463; Loesch, Der Lohnanspruch des Arbeitnehmers bei Betriebsstörungen, S. 64; Jaenecke, Das Betriebsrisiko, S. 54 ff; Trescher, a.a.O., S. 38; Oppenheimer, Die Lehre von der Belegsgemeinschaft und das Teilstreikproblem, S. 30, 69, 75; Harmsen, Lohnzahlungen bei Betriebsstörungen, S. 18; H.-E. Müller, Die Betriebsverbundenheit, S. 18; Trescher, a.a.O., S. 87 f; König, RdA 1948, 54 ff.

2 Beuthien, a.a.O., S. 87 f; bereits früher Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag, S. 54 f.

3 Söllner, Arbeitsrecht, S. 224; ders., AcP 167, 141 ff; Richardi, ZfA 1974, 1 (15).

4 Vgl. dazu Runggaldier, RdA 1975, 238 (242).

sphärenbezogene Risikoverteilung an.¹ Danach hat der Arbeitgeber als Gläubiger unverschuldete, unverursachte, aber sphäreneigene Risiken zu vertreten. In die Sphäre des Arbeitgebers fällt nach dieser Ansicht die Bereitstellung der notwendigen Energie, Rohstoffe und Zubehöerteile. Bei einer Betriebsstörung haben die Arbeitnehmer demzufolge gem. § 324 I BGB grundsätzlich einen Lohnfortzahlungsanspruch. Lediglich einen Streik hat der Arbeitgeber nach dieser Ansicht nicht zu "vertreten".²

Indes stößt eine solche sphärenbezogene Risikoverantwortung des Arbeitgebers im Rahmen des § 324 I BGB auf Zweifel. Was der Arbeitgeber als Gläubiger der Arbeitsleistung zu vertreten hat, ist im Gesetz nicht geregelt. § 276 I BGB ist unanwendbar, da der Arbeitgeber nicht Schuldner der Leistung ist und in diesem Sinn deren Unmöglichkeit nicht "zu vertreten" hat.³ Es besteht somit für den Arbeitgeber zwar keine Rechtspflicht, die Schuldnerleistung zu ermöglichen, gleichwohl aber eine entsprechende Obliegenheitsverpflichtung.⁴ Eine Obliegenheitsverletzung löst keinen Schadenersatzanspruch aus, hat jedoch einen anderen Rechts-

1 Beuthien, a.a.O., S. 78 ff, 246 ff.

2 Beuthien, a.a.O., S. 88.

3 Brox, SchR AT, Rdn. 260; Erman-Battes, § 324, Rdn. 2; vgl. auch RGZ 166, 135 (147).

4 Larenz, SchR AT, S. 325 f; Soergel-Siebert-Schmidt, § 324, Rdn. 2.

nachteil für den Gläubiger zur Folge. ¹ § 324 I BGB legt einen solchen Rechtsnachteil fest. Der Gläubiger muß seine Leistung erbringen, obwohl er die Gegenleistung nicht erhält. Eine Obliegenheitsverletzung setzt einen "Verstoß gegen eigene Belange" voraus, der zwar nicht schuldhaft gem. § 276 BGB sein muß, aber ein "Verschulden gegen sich selbst" darstellt. ² Der Gläubiger hat es in diesem Sinne zu vertreten, wenn er keine Sorge dafür getragen hat, daß der Schuldner seine Leistung erbringen kann. Er muß daher im zumutbaren Umfang Maßnahmen gegen einen Betriebsstillstand treffen und darf die Leistung des Arbeitnehmers nicht durch willkürliches Verhalten vereiteln. ³ Kommt er dem nicht nach, hat er gem. § 324 BGB das Arbeitsentgelt fortzuzahlen. Das "Vertretenmüssen" des Gläubigers im Rahmen des § 324 I BGB muß nach h. M. aber zumindest an irgendeine Handlung des Gläubigers anknüpfen. ⁴ Denn man hat nur solche Ereignisse zu vertreten, auf deren Entstehen oder Verlauf man einen, wie auch immer gearteten, Einfluß ausüben kann. Eine sphärenbezogene Verantwortung im Rahmen des § 324 I BGB läßt sich auch nicht mit den §§ 446, 552 BGB begründen. Diese beiden Vorschriften, die die Gefahrentragung bei Kauf und Miete regeln, sind Ausnahmenvorschrif-

1 Esser-Schmidt, SchR I, 1. Halbbd., S. 43.

2 Vgl. Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 149

3 RGZ 166, 134 (147)

4 Vgl. Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, S. 112 ff.

ten zu § 323 I BGB, ¹ nicht aber, wie Beuthien annimmt, ² über § 324 I BGB erfaßt.

Interessant könnte die von Beuthien vertretene Ansicht allenfalls bei aussperrungsbedingten Betriebsstörungen sein. Der Arbeitgeber könnte dafür verantwortlich gemacht werden, daß er den Tarifforderungen der Arbeitnehmer nicht nachgibt und eine Aussperrung erklärt hat. Sieht man mit der herrschenden kollektiven Arbeitskampsftheorie ³ eine Aussperrung aber als legitime Maßnahme des Arbeitgebers im Rahmen der Tarifautonomie an, ⁴ kann deren Einsatz nicht als Verstoß gegen eigene Belange gewertet werden. Von einem Verschulden gegen sich selbst kann nicht gesprochen werden, wenn man bei Tarifverhandlungen unnachgiebig ist und zulässige Kampfmaßnahmen ergreift, um gerade seine Belange zu wahren. ⁵

1 Für § 552: RZG 147, 304 (309); Erman-Schopp, § 552, Rdn. 1; Palandt-Putzo, § 552, Anm. 1; Esser, SchR II, S. 109; Soergel-Siebert-Metzger, § 552, Anm. 1; Köhler, a.a.O., S. 113; für § 446: Staudinger-Ostler, § 446, Rdn. 4; Soergel-Siebert-Ballerstedt, § 446, Rdn. 1; Palandt-Gramm, § 446, Anm. 1; Esser, SchR II, S. 26,; Köhler, a.a.O., S. 114.

2 Beuthien, a.a.O., S. 81 ff.

3 Absolut herrschende Meinung seit BAGE 1, 291 ff.

4 Vgl. zur Zulässigkeit der Aussperrung unten C. II. 5. c) aa) (1).

5 Vgl. im Ergebnis Eisenstein, a.a.O., S. 82.

b) Die Anwendung der §§ 645, 552 BGB

Eine andere Auffassung versucht, die grundsätzliche Lohnfortzahlungspflicht aus einer Analogie zu den §§ 645, 552 BGB herzuleiten.¹

Nach den §§ 641 I, 644 I BGB muß der Gläubiger den Werklohn erst nach der Abnahme des Werks zahlen. Davon macht § 645 BGB eine Ausnahme. Der Schuldner hat danach Anspruch auf den Werklohn, obwohl er das Werk nicht fertiggestellt hat. Der Gläubiger trägt die Gefahr des zufälligen Untergangs der herzustellenden Sache, wenn dies auf einem Umstand beruht, der in seiner Sphäre zu suchen ist.² Dementsprechend müßte der Arbeitgeber bei einer unverschuldeten Betriebsstörung das Lohnrisiko tragen.³

Nach § 552 trägt der Mieter die Gefahr, daß er die Mietsache aus Gründen, die er nicht zu "vertreten" hat, ungenutzt lassen muß. Damit trägt diese Norm dem Umstand Rechnung, daß der Vermieter die Mietsache bereitzuhalten hat, gleichgültig ob der Mieter diese in Besitz nimmt oder nicht. Allein dadurch, daß der Vermieter die Mietsache zur Verfügung hält, erbringt er ein Vermögensopfer, da er den Gegenstand nicht anderweitig vermieten kann.⁴

1 Söllner, Arbeitsrecht, S. 224; ders., AcP 167, 141; Richardi, ZfA 1974, 1 (15); Nitsche, a.a.O., S. 102 ff.

2 Vgl. BGHZ 40, 71 (74 f); vgl. Palandt-Thomas, § 645, Anm. 4b dd; Larenz, SchR II, S. 174.

3 Vgl. Nitsche, a.a.O., S. 96 ff.

4 Vgl. dazu insbesondere Nitsche, a.a.O., S. 99.

Der von § 552 BGB geregelte Sachverhalt enthält somit eine Ähnlichkeit zu den Betriebsrisikofällen. Auch bei einer Betriebsstörung erbringt der Arbeitnehmer ein Vermögensopfer, wenn er sich zur Arbeit bereithält und seine Arbeitskraft keinem anderen Arbeitgeber anbietet. Jedoch ist eine Analogie zu den §§ 552, 645 BGB entbehrlich, soweit das Dienstvertragsrecht mit § 615 BGB eine spezielle Bestimmung besitzt.

c) Die Anwendung des § 615 BGB

§ 615 BGB gilt für Dienst- und Arbeitsverhältnisse und berücksichtigt demzufolge deren Besonderheiten.¹ Bereits oben wurde festgestellt, daß zumindest aus formallogischen Gründen einer grundsätzlichen Anwendung des § 615 BGB nichts entgegensteht.² Nach dieser Norm hat der Arbeitgeber den Lohn fortzuzahlen, ohne daß der Arbeitnehmer verpflichtet ist, seine Leistung zu erbringen. Der Arbeitgeber trägt demnach die Gefahr, eine Leistung erbringen zu müssen, auch wenn er die Arbeitskraft des Arbeitnehmers nicht nutzen kann. Vom Standpunkt des Arbeitgebers stellt eine solche Regelung zwar eine Störung des Synallagmas zwischen Leistung und Gegenleistung dar.³ § 615 BGB trägt damit aber dem Zeitmoment der Arbeitsleistung und der Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers Rechnung. Da der Arbeitnehmer infolge der Bindung an seinen Arbeitgeber die ihm zur Verfügung stehende Arbeitskraft kurzfristig an

1 Vgl. Palandt-Putzo, Einf. § 611, Anm. 1 c.

2 Vgl. oben B. I. 3.

3 Larenz, SchR II, S. 239 f.

keiner anderen Stelle verwerten kann, soll er das vereinbarte Entgelt erhalten, obwohl er keine Arbeitsleistung erbracht hat. § 615 BGB berücksichtigt, daß dem Arbeitgeber der potentielle Wert der Arbeitskraft auch während eines vorübergehenden Produktionsstillstands zur Verfügung steht. Diese Vorschrift beachtet insoweit ausreichend die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden besonderen Umstände.

Somit bedarf es weder der Entwicklung eines besonderen arbeitsrechtlichen Schutzprinzips noch der Erweiterung des Tatbestands des § 324 I BGB oder einer Analogie zu den §§ 645, 552 BGB. Als Zwischenergebnis ist demzufolge festzuhalten, daß sich der grundsätzliche Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers aus § 615 BGB herleitet.¹

II. Die Belastung des Arbeitnehmers mit dem Betriebsrisiko bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen

Eine ausnahmslose Lohnfortzahlungspflicht befriedigt jedoch, wie bereits oben gesagt, bei den hier interessierenden arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen nicht. § 615 BGB regelt nur das individualrechtliche Verhältnis zwischen

¹ So im Ergebnis Oertmann, NZfA 1922, Sp. 463; Titze, JW 1922, 549; Jaenecke, a.a.O., S. 44; Harmsen, a.a.O., S. 18; H.-E. Müller, a.a.O., S. 18; Oppenheimer, a.a.O., S. 30; Loesch, Der Lohnanspruch des Arbeitnehmers bei Betriebsstörungen, S. 64; Trescher, a.a.O., S. 37; König, RdA 1948, 54 (57). Vgl. auch Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, S. 231; H. Lehmann, NZfA 1932, Sp. 3 f; Fikentscher, Schuldrecht, S. 472 f, die jedoch bei einer Störung aus der Sphäre der Arbeitnehmer Unmöglichkeit der Leistung annehmen und sodann zur Anwendung des § 323 I BGB kommen.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Rechtsprechung und Literatur haben nunmehr, unabhängig von der dogmatischen Grundlage der grundsätzlichen Lohnfortzahlungspflicht, eine Reihe von Kriterien entwickelt, mit denen man im jeweiligen Einzelfall den Wegfall des Lohnfortzahlungsanspruchs zu begründen versucht. Es geht dabei zum einen darum, einen Zurechnungstatbestand zu finden, aus dem eine Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers für die streikbedingte Betriebsstörung folgt. In diesem Zusammenhang sind hauptsächlich die Thesen von der Solidarität der Arbeitnehmer, der Teilhabe am Kampfergebnis, der Gedanke der Einwirkungsmöglichkeit auf den Streikverlauf und der Repräsentationsfunktion der Gewerkschaft zu nennen. Mit entsprechenden Argumenten belegt man andererseits, daß aussperrungsbedingte Betriebsstörungen der Arbeitgeberseite zuzuordnen sind.¹ Zum anderen stellt man darauf ab, welche Auswirkungen ein Lohnverlust nach der Betriebsrisikolehre auf die Kampfparität der Sozialpartner hat, und versucht, auf dieser Grundlage eine Lösung zu finden.²

1 Vgl. hinsichtlich der Solidarität der Arbeitgeber BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 2 R); Nikisch I, S. 606; Eisenstein, a.a.O., S. 78.

2 Siehe unten C. II. 5.

1. Das Solidaritätsargument

Insbesondere früher wurde der Wegfall des Lohnanspruchs bei streikbedingten Betriebsstörungen mit der Solidarität aller Arbeitnehmer untereinander begründet.¹ Den Grundsatz der solidarischen Verbundenheit aller Arbeitnehmer hat man entwickelt, um die als ungerecht erachtete Rechtsfolge der Annahmeverzugslehre einzuschränken. Ursprünglich ging man davon aus, daß nur innerhalb eines Betriebs eine Verbundenheit der Arbeitnehmer bestehe. Die bereits oben zitierte Entscheidung des Reichsgerichts vom 6.2.1923² spricht von der Gruppenzugehörigkeit aller Arbeitnehmer eines Betriebs. Der Gedanke der überbetrieblichen Solidarität wurde erst später vom Reichsarbeitsgericht formuliert. Man stellte dazu fest, daß sich aus der Verbundenheit der Arbeitnehmer untereinander ergebe, daß die Gefahr solcher Ereignisse, die auf dem Verhalten der Arbeitnehmerschaft beruhten, von den Arbeitnehmern, auch soweit sie an ihnen nicht beteiligt seien, getragen werden müsse.³ Auch die ältere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ging von einer überbetrieblichen Solidarität aller Arbeitnehmer

1 BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 2); Hueck-Nipperdey I, S. 252 f; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, S. 629; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 615, Rdn. 68; Oertmann, NZfA 1922, Sp. 463; Titze, JW 1922, 550; König, RdA 1948, 54 (60); Trescher, a.a.O., S. 56 (der nur auf Gruppenzugehörigkeit abstellt); Kauffmann, DB 1957, 845 (846); Natzel, DB 1958, 572 (573); Löwisch, RdA 1962, 314 (315); Gaber, Die Bedeutung des Solidaritätsprinzips für die Verteilung des Betriebsrisikos, S. 10 ff.

2 RGZ 106, 272.

3 RAG ARS 3, 116 (122); vgl. auch RAG ARS 7, 567 (471); LAG Elberfeld, ARS 3, Nr. 38, 127 (129).

aus.¹ Auf dieser Grundlage nahm man an, daß eine allumfassende Solidarität zwischen den Arbeitnehmern existiere, aufgrund deren der Lohnverlust aller arbeitswilligen Arbeitnehmer gerechtfertigt sei.² Man ging sogar von einer internationalen Solidarität zwischen allen Arbeitnehmern aus.³

Erst neuerdings hat das Bundesarbeitsgericht die Solidaritätstheorie und damit auch den pauschalen Lohnverlust bei streikbedingten Betriebsstörungen in Zweifel gezogen.⁴ In der Literatur dagegen war das Solidaritätsargument seit jeher umstritten. Teilweise vertrat man auch eine einschränkende Auffassung, wonach man im Gegensatz zum Bundesarbeitsgericht zwischen Organisierten und Nichtorganisierten,⁵ Arbeitern und Angestellten,⁶ den Angehörigen eines Betriebs und den eines Drittbetriebs⁷ differenzierte. Eisenstein nahm an, daß die Solidarität erst mit Ausbruch des Arbeitskamps entstehe.⁸

1 Vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 2).

2 Siehe oben S. 15; vgl. auch Natzel, DB 1958, 572 (573).

3 Löwisch, RdA 1962, 315.

4 BAG AP Nr. 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 1 R, 2).

5 Jorns, a.a.O., S. 156.

6 Molitor, Anm. zu LAG Hannover, BB 1953, 886; Sinzheimer, Anm. zu LAG Elberfeld, ArbR 1925, Sp. 297 (301).

7 Galperin, RdA 1969, 8 (12).

8 Eisenstein, a.a.O., S. 68.

a) Der Begriff der Solidarität

Solidarität ist ein Zusammengehörigkeitsgefühl, das in der wechselseitigen Verbundenheit der Mitglieder einer Gruppe besteht. Aufgrund dieses Zusammengehörigkeitsgefühls verhalten sich die Mitglieder dieser Gruppe bei der Bewältigung gemeinsamer Probleme gleich. Sie treten nach außen wie eine Einheit auf. Es sind also zwei Aspekte bei der Solidarität zu beachten. Der eine bezieht sich auf das Innenverhältnis und ist durch das Zusammengehörigkeitsgefühl der Mitglieder zueinander geprägt. Der andere Gesichtspunkt umfaßt das Außenverhältnis und bezieht sich auf das gemeinsame Handeln dieser Gruppe gegenüber anderen.¹

b) Die rechtliche Relevanz der Solidarität

Rechtlich beachtlich ist die Solidarität zunächst, wenn sie sich im Außenverhältnis durch gemeinsames Handeln darstellt. Maßstab für die rechtliche Beurteilung ist dann allerdings das Handeln und nicht die Solidarität. So kann das Handeln zunächst nur für die Beteiligten der Aktion Rechtsfolgen auslösen; z.B. werden die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis streikender Arbeitnehmer suspendiert. Hier interessiert, ob sich darüber hinaus für die an der Aktion nicht beteiligten Arbeitnehmer Rechtsfolgen ergeben können. Die Solidarität der Arbeitnehmer im Innenverhältnis kann einen rechtlichen Zusammenhang zwischen den Streikenden und den Nichtstreikenden begründen und inso-

¹ Vgl. insoweit Pfarr-Kittner, RdA 1974, 284 (290).

weit für den Lohnfortzahlungsanspruch von Bedeutung sein. Im folgenden ist zu untersuchen, ob und in welcher Form die solidarische Verbundenheit der Arbeitnehmer in der Rechtsordnung seinen Niederschlag gefunden hat und ob daraus Rückschlüsse für einen Lohnverlust hergeleitet werden können.

aa) Die solidarische Verbundenheit auf der Grundlage des Arbeitsverhältnisses

Vereinzelte hat man versucht, die einzelvertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers dahin zu interpretieren, daß der einzelne Arbeitnehmer seine Arbeitskraft nur zusammen mit allen anderen Arbeitnehmern eines Betriebs anbieten könne.¹ Die Arbeitsleistung des einzelnen sei auf das Funktionieren des gesamten Betriebs abgestimmt. Sie werde erst sinnvoll, wenn sie gemeinsam mit anderen erbracht werde. Bieten daher nicht alle Arbeitnehmer eines Betriebs zusammen ihre Arbeitskraft an, fehlten die Voraussetzungen eines wirksamen Angebots, so daß bei einem Teilstreik kein Lohnfortzahlungsanspruch bestehe.

Nach dieser sog. Lehre vom gemeinsamen Angebot² existiert allein aufgrund des Arbeitsverhältnisses zwischen den einzelnen Arbeitnehmern eines Betriebs eine rechtliche Verbundenheit, die auch im Hinblick auf die Solidarität von Belang sein kann. Diese Auffassung gründet sich jedoch

1 Simson, Der Teilstreik und die Lohnansprüche der Arbeitswilligen, S. 35 f; ders., ArbR 1925, Sp. 417 (425); Hessel, DB 1958, 837 (838).

2 Vgl. Nitsche, a.a.O., S. 21 f.

auf eine zu weitreichende Interpretation des Arbeitsvertrags. Mit Abschluß des Arbeitsvertrags entsteht nur zwischen dem Arbeitgeber und dem jeweiligen Arbeitnehmer ein Rechtsverhältnis. Lediglich bei einem Gruppenarbeitsverhältnis besteht eine rechtliche Beziehung zu den anderen Arbeitnehmern dieser Gruppe, da eine gemeinsame Tätigkeit versprochen worden ist.¹ Allein daraus, daß ein Arbeitgeber mit mehreren Arbeitnehmern ein Arbeitsverhältnis eingeht, kann nicht schon auf eine rechtliche Verbundenheit der Arbeitnehmer untereinander geschlossen werden.²

bb) Der Solidaritätsgedanke in § 1 KSchG

Teilweise wird die Ansicht vertreten, daß der Solidaritätsgedanke in § 1 III KSchG seinen Niederschlag gefunden hat.³ Zutreffend an dieser Ansicht ist zunächst, daß im Rahmen von § 1 III KSchG die Belegschaft eines Betriebs als Einheit angesehen wird. Das jeweilige Einzelarbeitsverhältnis wird nicht isoliert betrachtet, sondern im Verband mit allen anderen Einzelarbeitsverhältnissen. In diesem Verband soll der Schwächere geschützt werden. Insoweit berücksichtigt § 1 III KSchG den Solidaritätsgedanken. Für den unmittelbar Betroffenen steht dagegen nicht die Solidarität im Vordergrund. Der Gekündigte wird die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht als einen

1 Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 788 ff.

2 Tomandl, AcP 164, 183 (214); Wiedemann, a.a.O., S. 44; Danz, a.a.O., S. 78.

3 Vgl. LAG Frankfurt, AP Nr. 45 und 46 zu § 1 KSchG; Gerhard Müller, DB 1958, 740; Gamillscheg, Die Solidarität als Rechtsbegriff, Festschrift für Erich Fechner, S. 153.

Akt der Solidarität begreifen. Auch der Gesetzgeber wollte mit § 1 III KSchG wohl kaum der Solidarität der Arbeitnehmer Rechnung tragen, vielmehr den Arbeitgeber zwingen, bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte zu beachten.¹

cc) Der Solidaritätsgedanke bei der Kürzung von Gratifikationen, Ruhegeldern und beim Kameradenunfall

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts benutzt das Solidaritätsargument desweiteren zur Begründung für den Wegfall von Ansprüchen auf Gratifikationen.² Auch die Kürzung von Ruhegeldansprüchen bei Gefahr für den Bestand des Betriebs³ sowie die Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers bei einem Kameradenunfall im Zusammenhang mit den früheren §§ 898, 899 RVO⁴ basieren auf dem Solidaritätsgedanken. In allen Fällen verlieren die Arbeitnehmer nach Ansicht des Gerichts ganz oder teilweise Ansprüche. Aufgrund der Solidarität sei der Arbeitnehmer verpflichtet, Opfer im Interesse anderer Arbeitnehmer und des Betriebs hinzunehmen.⁵

1 Danz, a.a.O., S. 76; Röhler, Der Solidaritätsgedanke im Individualarbeitsrecht, S. 114.

2 BAG AP Nr. 551 zu § 611 BGB Gratifikation.

3 BAG AP Nr. 154, 157 zu § 242 BGB Ruhegeld.

4 BAG AP Nr. 4 zu § 898, 899 RVO (Bl. 8).

5 Ausdrücklich BAG AP Nr. 51 zu § 611 BGB Gratifikation.

Diese Rechtsprechung vermag indes allein mit dieser Begründung nicht zu überzeugen. Unmittelbar mit dem Solidaritätsgedanken läßt sich der Wegfall dieser Ansprüche nicht begründen. Entscheidend ist, daß in den Fällen, in denen der Verlust oder die Kürzung von Gratifikationen oder Ruhegeldern für rechtens erklärt worden ist, eine Anpassung der entsprechenden Vertragsverhältnisse an die verschlechterten wirtschaftlichen Gegebenheiten notwendig war, um die Existenz des Betriebs zu sichern. Bei solchen Sachverhalten liegt es näher, die auf § 242 BGB beruhende Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage anzuwenden, als sich auf das Solidaritätsargument zu beschränken.¹ Denn es ist nicht anzunehmen, daß der Arbeitgeber sich zur uneingeschränkten Zahlung von Gratifikationen oder Ruhegeldern bereit erklärt hätte, wenn ihm bei Vertragsschluß bekannt gewesen wäre, daß sich die wirtschaftlichen Verhältnisse bis zur Existenzgefährdung des Betriebs verschlechtern würden. In der Literatur vertritt man teilweise auch die Ansicht, daß die Leistung von Gratifikationen und Ruhegeldern für den Arbeitgeber unter Berücksichtigung von Treu und Glauben unzumutbar sei, wenn die Existenz des Betriebs in Gefahr ist.² Folglich bilden die vorgenannten Tatbestände lediglich eine Fallgruppe,

1 Vgl. Palandt-Heinrichs, § 242, Anm. 6; Palandt-Putzo, Einf. v. § 611, Anm. 7 f aa.

2 G. Hueck, Anm. zu BAG AP Nr. 154 zu § 242 BGB Ruhegeld; Nikisch, Anm. zu BAG AP Nr. 51 zu § 611 BGB Gratifikation; a.A. Gamillscheg, a.a.O., S. 141 ff.

deren Interessenlage die Anwendung des § 242 BGB erforderlich macht, nicht aber die Entwicklung einer besonderen Solidaritätslehre.

Dennoch läßt sich hier nicht leugnen, daß im Hintergrund die Solidarität der Arbeitnehmer eines Betriebs eine Rolle spielt. Die Kürzung von Ansprüchen ist nur zulässig, wenn der Bestand des Betriebs gefährdet ist und damit auch die Arbeitsverhältnisse aller Arbeitnehmer. Insoweit müssen Opfer im Interesse aller Mitarbeiter hingenommen werden. Der Solidaritätsgedanke findet zumindest mittelbar bei der Konkretisierung des § 242 BGB Beachtung.

Bei der Rechtsprechung zum Kameradenunfall ist das Solidaritätsargument auch aus der soeben geschilderten Sicht fehl am Platz. Der verletzte Arbeitnehmer hat keinen Schadenersatzanspruch gegen den Arbeitnehmer, der diese Verletzung verursacht hat, da dieser Arbeitnehmer - ausgenommen bei grober Fahrlässigkeit - ¹ wegen der Grundsätze über die gefahrgeneigte Arbeit seinerseits einen Freistellungsanspruch gegen den gemeinsamen Arbeitgeber hätte. Damit wären die §§ 636, 637 RVO (früher §§ 898, 899 RVO) umgangen, die gerade den Arbeitgeber von einer Haftung für Personenschäden seiner Arbeitnehmer entlasten

1 Soweit ersichtlich, hat die Rechtsprechung den Fall einer grob fahrlässig herbeigeführten Verletzung noch nicht entschieden. In einem solchen Fall dürfte aber unter keinem Gesichtspunkt ein Bedürfnis für eine Haftungsfreistellung des Arbeitnehmers bestehen.

sollen. Über den Umweg des Freistellungsanspruchs würde der Arbeitgeber dann zum Schadenersatz für Personenschäden herangezogen.¹ Grund für die Haftungsfreistellung ist nicht die Solidarität zwischen den Arbeitnehmern, sondern die spezifische Risikoverlagerung durch die Grundsätze der gefahrengeneigten Arbeit und das Haftungsprivileg des Arbeitgebers nach den §§ 636, 637 RVO.²

dd) Der Solidaritätsgedanke im Arbeitskampfrecht

Im Zusammenhang mit dem Arbeitskampfrecht hat der Solidaritätsgedanke neben der Betriebsrisikolehre bei der Zulässigkeit der Verweigerung von direkter Streikarbeit Anerkennung gefunden.³ Es wird gesagt, der nicht streikende Arbeitnehmer dürfe aus Solidarität mit den Streikenden sog. Streikbrecherarbeit verweigern. Jedoch ist der entscheidende Gesichtspunkt der Verweigerung nicht die Solidarität, sondern wiederum der Grundsatz von Treu und Glauben.⁴ Dem Arbeitnehmer ist es unter Berücksichtigung von § 242 BGB unzumutbar, Streikarbeit zu leisten, weil er damit seinen kämpfenden Kollegen in den Rücken fallen würde. Dennoch ist auch hier die Solidarität mitteilbar von Bedeutung. Sie dient zur Ausfüllung des Begriffs der Unzumutbarkeit. Weil die Arbeitspflicht eines Arbeitnehmers nicht losgelöst vom Verhalten anderer

1 Vgl. Medicus, Bürgerliches Recht, Rdn. 936.

2 Gamillscheg, a.a.O., S. 152; Danz, a.a.O., S. 77.

3 BAG AP Nr. 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Hueck-Nipperdey I, S. 203 f.

4 Rütters, ZfA 1972, 403, (414).

Arbeitnehmer betrachtet werden kann, ist die Erfüllung dieser Pflicht im Einzelfall unzumutbar.

ee) Ergebnis

Aus den vorhergehenden Beispielen ergibt sich, daß der Solidaritätsgedanke unmittelbar keine rechtliche Wirkung entfaltet. Das Solidaritätsprinzip ist kein Rechtsprinzip.¹ Die Solidarität ist jedoch im Rahmen von § 242 BGB rechtlich relevant.² Gem. § 242 BGB kann die Erfüllung einer Rechtspflicht unzumutbar sein, wenn der Arbeitnehmer mit der Erfüllung dieser Pflicht in einen moralischen Interessenkonflikt gerät. Umgekehrt muß man auch dem Arbeitgeber im Einzelfall das Recht einräumen, im Hinblick auf die moralische Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Solidarität, eine Leistung zu verweigern.

Wann eine Leistung unzumutbar oder veränderten Umständen anzupassen ist, muß im Einzelfall festgelegt werden. Falsch wäre es, bei den streikbedingten Betriebsrisikofällen wegen der möglicherweise bestehenden Solidarität der Arbeitnehmer pauschal von der Unzumutbarkeit der Lohnzahlung auszugehen. Streiken z.B. die Hafenarbeiter in Übersee und führt dies zu einer Betriebsstockung

1 Richardi, RdA 1970, 65 (70); ders., 1971, 334 (338); Pfarr-Kittner, RdA 1974, 284 (292 f); Blomeyer, ZfA 1972, 85 (97); Otto Schmidt, AcP 162, 305 (320-322); Biedenkopf, a.a.O., S. 18; Ramm, Der Arbeitskampf in der Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, S. 202; Danz, a.a.O., S. 83.

2 Vgl. Oppenheimer, Die Lehre von der Belegsgemeinschaft und das Teilstreikproblem, S. 66 f, 75; Titze, JW 1922, 550; König, RdA 1948, 54 (60).

in Deutschland, erscheint es schon zweifelhaft, ob angesichts der räumlichen Entfernung zwischen Streikenden und mittelbar Betroffenen in tatsächlicher Hinsicht überhaupt eine solidarische Verbundenheit entstehen kann. Mit Hilfe der schwer feststellbaren Solidarität zwischen den Arbeitnehmern allein läßt sich der Begriff der Unzumutbarkeit nicht konkretisieren. Neben der Solidarität und der Unzumutbarkeit müssen daher weitere Gesichtspunkte gesucht werden, die für die Verteilung des Betriebsrisikos von Bedeutung sein können.

2. Das Argument von der Teilhabe am Kampfergebnis

Vielfach versucht man, die Zurechnung von Streikfolgen in die Sphäre des Arbeitnehmers mit der Teilhabe am Kampfergebnis zu begründen. Die Rechtsprechung hat dieses Argument bereits im Jahre 1928 aufgegriffen. Das LAG Elberfeld ¹ stellte dazu fest, daß jede Lohnerhöhung unmittelbar oder mittelbar sehr bald anderen Arbeitnehmern zugute komme und sei es auch nur auf dem Wege, daß das allgemeine Lohnniveau angehoben werde. Die Rechtsprechung des Reichs- und Bundesarbeitsgerichts ² hielt an dieser These fest. Auch in der Literatur hat dieses Argument

1 LAG Elberfeld, ARS 3, Nr. 38, 127 (129).

2 RAG ARS 7, 467 (469 f); BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; vgl. auch ArbG Kassel, DB 1972, 1121 (1123).

weitgehend Zustimmung gefunden.¹

Tatsächlich läßt sich nicht leugnen, daß ein Tarifvertrag zumindest Signalwirkung für andere zukünftige Tarifverträge entfaltet. Beispielsweise haben die Tarifverträge der Metallindustrie im Bezirk Nordwürttemberg-Nordbaden stets Einfluß auf die zeitlich nachfolgenden Tarifverträge im Metallbereich. Auch die Tarifverträge anderer Branchen orientieren sich oftmals an einem bestimmten Tarifabschluß. So ist davon auszugehen, daß die Lohnerhöhungen, die mit der IG Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr abgeschlossen werden, in anderen Branchen in der Regel nicht unterschritten werden.

Es ist jedoch nicht sicher, ob die mittelbar betroffenen Arbeitnehmer in allen Fällen in den Genuß einer umkämpften Lohnerhöhung kommen.² So können die Gewerkschaften in den verschiedenen Branchen gemäß der konjunkturellen Lage unterschiedliche Lohnforderungen stellen. Auch im Bereich eines Gewerkschaftsverbandes können die Arbeitsbedingungen stark differieren. Z.B. kann die wirtschaftliche Lage bei der stahlerzeugenden Industrie völlig anders sein als bei der Automobilindustrie, was die IG-Metall veranlassen könnte, verschieden hohe Löhne zu fordern. Es erscheint somit nicht gerechtfertigt, alle mittelbar betroffenen Arbeitnehmer in Bezug auf die Teilhabe am Kampfergebnis unterschiedslos zu behandeln. Kommen die Arbeitsbedingungen eines umkämpften Tarifvertrags den Arbeitswilligen mit

1 Hueck-Nipperdey I, S. 354; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 615, Rdn. 68; Eisenstein, a.a.O., S. 73; Löwisch, RdA 1967, 45 (46); ders., RdA 1972, 73 (76 f); Wiedemann, RdA 1969, 321 (333); einschränkend Seiter, a.a.O., S. 311 und 313.

2 Vgl. die Kritik bei Weiss, AuR 1974, 37 (42); Nitsche, a.a.O., S. 121; Danz, a.a.O., S. 97.

Sicherheit zugute, wird ein Lohnverlust nach der Betriebsrisikolehre eher zu billigen sein, als wenn der Tarifvertrag lediglich eine gewisse Signalwirkung für weitere Verträge entfaltet.

Das Teilhabeargument kann daher zumindest dann für den Wegfall eines Lohnanspruchs interessant sein, wenn dem mittelbar betroffenen Arbeitnehmer ebenso wie dem Arbeitnehmer, der am Streik teilgenommen hat, ein Anspruch auf die erkämpfte Lohnerhöhung zusteht.¹ Das ist der Fall, wenn der Arbeitswillige organisiert ist und gem. § 4 I TVG unter den räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich² des umkämpften Tarifvertrags fällt. Aber auch ein Arbeitnehmer, der keinen Anspruch auf die tariflich vereinbarte Lohnerhöhung hat, kann faktisch in gleicher Weise am Kampfergebnis teilnehmen. So sind z.B. Außenseiter in tatsächlicher Hinsicht den Organisierten gleichgestellt.³ Ferner können bei einem überregionalen Schwerpunktstreik mittelbar betroffene Arbeitnehmer in den Genuß einer tariflichen Lohnerhöhung kommen, selbst wenn sie nicht unter den räumlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fallen.⁴

Ist gewährleistet, daß ein arbeitswilliger Arbeitnehmer ebenso wie ein Arbeitnehmer, der am Streik teilgenommen

1 Vgl. dazu Biedenkopf, a.a.O., S. 21.

2 Vgl. zu den Begriffen Zöllner, Arbeitsrecht, S. 247.

3 Siehe unten D. II. 2.

4 Siehe unten D. III. 1.

hat, in den Genuß des umkämpften Tarifvertrags kommt, kann das Teilhabeargument zumindest im Rahmen der Unzumutbarkeit Beachtung beanspruchen. Es erscheint unbillig und unzumutbar, den Arbeitgeber zu zwingen, den Lohn fortzuzahlen, wenn der Arbeitswillige genauso wie der Streikteilnehmer von der umkämpften Lohnerhöhung profitiert.¹ In einem solchen Fall sind Arbeitswillige und Streikteilnehmer in wirtschaftlicher Hinsicht gleichermaßen am Arbeitskampf beteiligt. Die Nichtteilnahme am Arbeitskampf erfolgt oftmals, wie z.B. beim Schwerpunktstreik, lediglich aus kampf-taktischen Gründen.

Zu erwähnen ist weiterhin, daß der Gedanken von der Teilhabe am Kampfergebnis auch bei der Interpretation des § 116 III AFG eine Rolle spielt. Wenn diese Norm, wie später noch zu prüfen sein wird, bei der Betriebsrisikoverteilung Berücksichtigung zu finden hat, ist das Teilhabeargument auch insoweit relevant.

3. Das Argument von der Einwirkungsmöglichkeit auf den Streik

Es wird ferner versucht, aus dem Gedanken der Einwirkungsmöglichkeit auf den Streikverlauf den Lohnverlust streik-betroffener, arbeitswilliger Arbeitnehmer zu begrün-

¹ Vgl. Seiter, a.a.O., S. 311; ähnlich auch Wiedemann, RdA 1969, 321 (333).

den.¹ Der einzelne Arbeitnehmer könne seine streikenden Kollegen hinsichtlich der Gestaltung und der Dauer des Streiks beeinflussen. Von daher sei es gerechtfertigt, wenn er seinen Lohnfortzahlungsanspruch verliere.

Dieses Argument stößt jedoch auf Bedenken. Es ist zunächst fraglich, ob in tatsächlicher Hinsicht überhaupt eine Einwirkungsmöglichkeit besteht. Innerhalb eines Betriebs, zumindest eines kleineren, mag zwar für den nicht streikenden Arbeitnehmer die Möglichkeit bestehen, seine streikenden Kollegen anzusprechen und zu beeinflussen. Zweifelhafte ist dagegen, ob die arbeitswilligen Arbeitnehmer in Drittbetrieben auf die Streikenden Einfluß nehmen können. Soweit sie organisiert sind, können sie bei ihrer Gewerkschaft vorsprechen, die ihrerseits mit der kämpfenden Gewerkschaft in Verbindung treten kann. Aber auch wenn die Gewerkschaften in der Regel die Stimmung in der gesamten Arbeitnehmerschaft berücksichtigen, muß eine konkrete Einflußmöglichkeit daraus nicht entstehen.

Selbst in den Fällen, in denen eine Einwirkungsmöglichkeit des einzelnen Arbeitnehmers auf den Streikverlauf bestehen sollte, erscheint es fraglich, allein an diese Tatsache Rechtsfolgen zu knüpfen. Die bloße Möglichkeit des guten Zuredens reicht dazu nicht aus. Es ist vielmehr erforderlich, daß der Arbeitnehmer seine Vorstellungen über den Arbeitskampf gegenüber den Streikenden in rechtlich abgesicherter Weise durchsetzen kann. Allenfalls dann ist dem mittelbar betroffenen Arbeitnehmer der Streik-

1 BAG AP Nr. 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 3); Titze, JW 1922, 550; Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 220, Fabricius, a.a.O., S. 92.

verloren zuzurechnen, mit der Folge, daß der Wegfall des Lohnanspruchs gerechtfertigt sein kann.¹

In rechtlicher Hinsicht besteht für den Arbeitnehmer nur die Möglichkeit, im Wege einer Streikurabstimmung auf den Arbeitskampf Einfluß zu nehmen.² Teilnahmeberechtigt sind die organisierten Arbeitnehmer des regional und fachlich zuständigen Gewerkschaftsverbands oder, bei Abschluß eines Elementar Tarifvertrags, die organisierten Arbeitnehmer des jeweiligen Betriebs. Alle anderen Arbeitnehmer, gleichgültig, ob sie organisiert sind oder nicht, haben dagegen keine Möglichkeit, auf einen Streik Einfluß zu nehmen. Für die Durchführung des Streiks sind allein der jeweilige Gewerkschaftsverband und seine Mitglieder zuständig. Demnach kann das Argument von der Einflußnahme auf den Streikverlauf lediglich für die organisierten Arbeitnehmer im fachlichen, räumlichen und betrieblichen Geltungsbereich des Tarifvertrags relevant werden. Keinesfalls kann es darüber hinaus den Lohnverlust aller streikbetroffenen, arbeitswilligen Arbeitnehmer rechtfertigen.³

1 Fabricius, a.a.O., S. 92 will den Wegfall des Lohnfortzahlungsanspruchs dann aus dem den BGB-Regeln zum "Vertretenmüssen" zugrundeliegenden Prinzip herleiten. Ihm folgend Danz, a.a.O., S. 103 f; vgl. dazu auch Trescher, a.a.O., S. 49.

2 Vgl. § 6 der Arbeitskampfrichtlinien des DGB, abgedruckt in: RdA 1974, 306.

3 Jorns, a.a.O., S. 75; Trescher, a.a.O., S. 37; Nitsche, a.a.O., S. 119; Löwisch, DB 1963, 899 (900); Weiss, AuR 1974, 37 (42); vgl. zur Einwirkungsmöglichkeit auch Biedenkopf, a.a.O., S. 21; Richardi, RdA 1970, 65 (70).

4. Das Argument der Repräsentation aller Arbeitnehmer durch die Gewerkschaften

Vereinzelte wurde der Gedanke der Repräsentation der Arbeitnehmer durch die Gewerkschaften zur Begründung des Wegfalls des Lohnanspruchs herangezogen.¹ Dieser Gesichtspunkt wird aus dem Streikmonopol der Gewerkschaften abgeleitet. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts haben allein die Gewerkschaften das Recht, einen Streik zu führen.² Daran können sich auch nicht organisierte Arbeitnehmer beteiligen.³ Daraus folgert man, daß die Gewerkschaften alle Arbeitnehmer repräsentieren. Von daher sei auch allen Arbeitnehmern ein gewerkschaftlich geführter Streik zuzurechnen, so daß es gerechtfertigt sei, allen unmittelbar oder mittelbar vom Streik Betroffenen den Lohnanspruch abzusprechen.

Indes stößt der Gedanke der Repräsentanz als Zurechnungstatbestand auf Bedenken. Es taucht die Frage der Legitimation der Gewerkschaften auf. Das Handeln des Repräsentanten ist rechtlich nur dann dem Repräsentierten zuzurechnen, wenn der Repräsentant legitimiert ist. Bei einer

1 Gerhard Müller, DB 1957, 718 ff; Nitsche, a.a.O., S. 143-145; vgl. weiterhin die Erörterungen bei Danz, a.a.O., S. 83 ff.

2 BAGE 1, 291 (301); 15, 174 (193); 22, 162 (164).

3 BAGE 1, 291 (307); 14, 52 (56); 20, 175 (195); 23, 292 (309 f); Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 1006, Fn. 34 a. A.A. van Gelder - Leinemann, AuR 1970, 1 (6 f); vgl. ferner ausführlich dazu Seiter, a.a.O., S. 40 ff.

bloß faktischen Repräsentanz fehlt der rechtliche Zusammenhang zwischen Handlung und dem faktisch Repräsentierten.¹

Die Gewerkschaften sind aus historischen Gründen in der Regel nicht rechtsfähige Vereine nach § 54 BGB. Wegen der körperschaftlichen Organisation der Gewerkschaften sind die Bestimmungen für den rechtsfähigen Verein bezüglich der Organe entsprechend anzuwenden.² Gem. § 26 III BGB handeln die Gewerkschaften nach außen durch ihren Vorstand. Dieser vertritt den Verein und damit indirekt auch die Gewerkschaftsmitglieder. Insoweit repräsentieren die Gewerkschaften ihre Mitglieder. Umgekehrt können auch nur die Mitglieder im Wege der Mitgliederversammlung auf die Vorstandsführung einwirken. Der Vorstand ist also durch die Mitglieder legitimiert. Eine Repräsentation ist folglich allein den organisierten Arbeitnehmern rechtlich zurechenbar, weil diese die Verbandsführung legitimiert haben oder wenigstens die Möglichkeit gehabt hätten, diese zu legitimieren.³

Die Repräsentationsfunktion muß aber nicht nur im Hinblick auf die vertretenen Personen eingeschränkt werden, sondern auch hinsichtlich einzelner Handlungen. Nach § 6 der Arbeitskampfrichtlinien des DGB⁴ soll vor Ausruf eines

1 Vgl. Danz, a.a.O., S. 91 ff.

2 Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx, § 54, Rdn. 9.

3 Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 170 ff; Zöllner, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, S. 49 ff; Richardi, RdA 1971, 334 (338).

4 Abgedruckt in RdA 1974, 306.

Streiks ein Urabstimmungsverfahren durchgeführt werden.¹ Erst wenn sich eine erforderliche Mehrheit von Arbeitnehmern für einen Streik entschieden hat, darf der Streik ausgerufen werden. Dabei werden vom Vorstand der Gewerkschaft lediglich die Arbeitnehmer rechtlich zurechenbar repräsentiert, die an der Urabstimmung teilgenommen haben oder hätten teilnehmen dürfen. Dazu gehören die organisierten Arbeitnehmer in dem Tarifbezirk, in welchem die Gewerkschaft für Tarifabschlüsse zuständig ist. Hinsichtlich eines Streiks repräsentiert die Gewerkschaft also nur die organisierten Arbeitnehmer im Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags. Zur Repräsentation aller anderen Arbeitnehmer ist sie insoweit nicht legitimiert.

Somit ergibt sich, daß die Repräsentationsfunktion der Gewerkschaften rechtlich gesehen begrenzt ist. Im Ergebnis deckt sich dieser Gesichtspunkt mit dem Gedanken der Einwirkungsmöglichkeit auf den Streik. Denn nur die Arbeitnehmer im Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags vermögen Einfluß auf den Streik zu nehmen. Dieselben Arbeitnehmer werden bezüglich des Streiks von der Gewerkschaft vertreten. Daher entfaltet das Repräsentationsargument nicht mehr und nicht weniger Bedeutung als das

¹ Es ist streitig, ob eine Urabstimmung Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für einen Streik ist (vgl. BAG 23, 292 (307)) oder nur verbandsintern von Bedeutung ist (vgl. Brox-Rüthers, a.a.O., S. 178; Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 1025).

Argument von der Einflußnahme auf den Kampfverlauf.¹

5. Das Argument von der Kampfparität der Sozialpartner

Die bisher erörterten Argumente lassen unberücksichtigt, welche Auswirkungen der Lohnfortzahlungsanspruch auf den Verlauf des Arbeitskampf haben kann. Bei der Sphärentheorie geht es vornehmlich darum, die Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers für eine streikbedingte Betriebsstörung herzustellen. Insoweit stellt man die Betriebsrisikoproblematik in den Zusammenhang mit dem individualrechtlichen Leistungsstörungsrecht.² In jüngerer Zeit sucht man dagegen zunehmend, das Betriebsrisiko allein von der arbeitskampfrechtlichen Seite her zu verteilen. In der letzten Entscheidung zur Betriebsrisikoproblematik hält auch das Bundesarbeitsgericht den Gesichtspunkt der Kampfparität für entscheidend.³

Zutreffend ist, daß das von der Kampfparität geforderte Gleichgewicht zwischen den Sozialpartnern durch einen Lohnfortzahlungsanspruch beeinflußt werden kann. Die Frage, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen den Lohn an Arbeits-

1 Ablehnend zur Repräsentationstheorie im Zusammenhang mit dem Lohnfortzahlungsanspruch Wiedemann, RdA 1969; 321 (328); Danz, a.a.O., S. 94; grundsätzlich ablehnend zur Repräsentationsfunktion: Hueck-Nipperdek-Säcker II, 2. Halbbd., S. 1631; Richardi, RdA 1969, 147 (149); Säcker, DB 1969, 1890 (1894).

2 Dies wird insbesondere bei Fabricius, a.a.O., S. 94 deutlich, ebenso Trescher, a.a.O., S. 49 ff, der eine Lösung auf der Grundlage der BGB-Vorschriften zum "Vertretenmüssen" sucht; auch Beuthien, a.a.O., S. 88.

3 BAG AP Nr. 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 2).

willige fortzuzahlen, kann von entscheidender Bedeutung für den Ausgang des Arbeitskampfs sein. Angesichts der hohen Lohnkosten bedeutet eine Lohnfortzahlungsverpflichtung eine erhebliche Erhöhung des Kampftrisikos des Arbeitgebers. Hat der Arbeitgeber dagegen die Möglichkeit, die Lohnzahlung zu verweigern, kann er dadurch, ähnlich wie bei einer Aussperrung, Druck auf die kampfführende Gewerkschaft ausüben. Dieser stellt sich die Frage, ob sie nunmehr auch die Arbeitswilligen unterstützen soll.¹

a) Die Übersicht über den Meinungsstand

Das Prinzip der Kampfparität ist bereits früher neben den anderen Argumenten im Zusammenhang mit der Betriebsrisikoproblematik gebraucht worden. Das Bundesarbeitsgericht hat schon im Jahre 1957 ausgeführt, daß die Kampfparität oder Waffengleichheit gestört werde, wenn Angehörige des den Arbeitskampf nicht betreibenden Sozialpartners zu Leistungen gezwungen würden, für die sie aufgrund von Kampfmaßnahmen des anderen Sozialpartners keine Gegenleistung erhielten.² Strenggenommen stellt das Bundesarbeitsgericht mit dieser Entscheidung allerdings nicht auf die Funktion des Arbeitskampfs ab. Maßgebend ist vielmehr die Billigkeitserwägung, daß der Veranlasser einer Störung keine Leistungen erhalten soll.

1 Vgl. oben A. I. S. 4.

2 BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 2 R); vgl. ferner zur Kampfparität: Hueck-Nipperdey I, S. 353, Anm. 122; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 615, Rdn. 68; Kauffmann, DB 1957, 845 (847); G. Müller, DB 1957, 718; Tomandl, AcP 164, 183 (220, 225, 227).

In der Begründung anders folgern Mayer-Maly/Nipperdey,¹ daß sich beide Sozialpartner das Risiko eines Arbeitskampfes teilen müssen. Daher habe der Arbeitgeber die Generalkosten der Betriebsstörung zu tragen. Dazu gehörten z.B. die Mieten für das Fabrikgelände, Unterhaltungs- und Wartungskosten. Ferner träfen den Arbeitgeber Schadenersatzpflichten, wenn er irgendwelche Liefertermine nicht einhalten könne.² Zudem bestehe die Gefahr, daß Absatzmärkte verloren gehen könnten. Wegen dieser Belastungen müsse der Arbeitnehmer umgekehrt auf seinen Lohnanspruch verzichten. Dabei sei es gleichgültig, ob die Betriebsstörung auf einen Streik oder auf eine Angriffs- oder Abwehraussperrung zurückzuführen sei. Nur durch diese Risikoverteilung sei das Prinzip der Kampfparität gewahrt.³

Demgegenüber wird von anderer Seite im Hinblick auf die Kampfparität vertreten, daß einem mittelbar kampfbetroffenen Arbeitnehmer der Entgeltanspruch immer zustehe. Wolle der Arbeitgeber seiner Lohnfortzahlungspflicht entgehen,

1 Mayer-Maly/Nipperdey, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, S. 39 ff.

2 Vgl. zu diesen Schadenersatzpflichten Esser, JZ 1963, 489 ff; Lauschke, DB 1966, 137 ff; Bulla, DB 1963, 755 (756).

3 Im Ergebnis ebenso: LSozG Baden-Württemberg, Breith. 1973, 403 (409); Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 946; Löwisch, DB 1963, 899 (900); ders., RdA 1967, 45 (48); Gift, RdA 1960, 166 (172).

müsse er seine Arbeitnehmer aussperren. ¹

Im Ergebnis wird mit der Kampfparität sowohl der Wegfall als auch das Bestehen des Lohnfortzahlungsanspruchs begründet. Die Kampfparität scheint somit ein Grundsatz von extremer Interpretationsbreite zu sein. Zur Konkretisierung ist es deshalb erforderlich, Begriff und rechtliche Grundlage der Kampfparität näher zu bestimmen und zu untersuchen, welche Schlüsse daraus für die Betriebsrisikoverteilung gezogen werden können.

b) Der Begriff und die rechtliche Grundlage der Kampfparität

Die Kampfparität ist ein Begriff des kollektiven Arbeitsrechts, der seine Grundlage in der durch Art. 9 III GG geschützten Tarifautonomie und der Arbeitskampfgarantie findet. Art. 9 III GG gewährleistet die Bildung von Koalitionen und schützt deren Bestand und Betätigungsfreiheit. ² Die spezifisch koalitionsmäßige Betätigung besteht darin, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gestalten. Dies geschieht im wesentlichen durch Tarifverträge, ³ in denen Normen vereinbart werden können, die gem. § 4 I TVG auf ein Einzelarbeitsverhältnis einwirken. Da das TVG eine vom Staat unabhängige Rechtsgestaltung vorsieht, spricht man insoweit von Tarifautonomie und

1 Hueck-Nipperdey II, 6. Aufl., S. 617; Danz, a.a.O. S. 123, 125; Böttcher, a.a.O., S. 13; Weiss, AuR 1974, 34 (48).

2 H.M. statt vieler: BVerfGE 4, 96 (101); 17, 319 (333); Rüthers, Streik und Verfassung, S. 29 ff.

3 BVerfGE 4, 96 (106).

sozialer Selbstverwaltung.¹ Als Annex der Tarifautonomie wird auch der Arbeitskampf vom Schutzbereich des Art. 9 III 1 GG mit umfaßt.² Denn ohne Arbeitskampf wird den Koalitionen ihre Möglichkeit genommen, auf kollektiver Ebene Druck auszuüben, um ihre jeweiligen Vorstellungen im Tarifvertrag zu verwirklichen. Auch aus der Notstandsklausel des Art. 9 III 3 GG ergibt sich, daß das Grundgesetz den Arbeitskampf garantiert. Wenn Arbeitskämpfe sogar im Notstand grundsätzlich zulässig sind, muß das erst recht im Normalfall Gültigkeit haben.³

Aus dieser Arbeitskampfgarantie folgert die sog. Lehre von der formellen Kampfparität, daß Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite mit jeweils formell sich entsprechenden Kampfmitteln ausgestattet sein müssen.⁴ Räume man den Arbeitnehmern als kollektives Machtmittel die Möglichkeit eines Streiks ein, müsse der Arbeitgeberseite demzufolge ein Aussperrungsrecht zugebilligt werden. Folgt

1 Brox-Rüthers, a.a.O., S. 43 m.w.N.

2 H.M.: BVerfGE 18, 18 (33); Evers, Arbeitskampffreiheit, Neutralität, Waffengleichheit und Aussperrung, S. 16 ff; Brox-Rüthers, a.a.O., S. 41 ff; Rüthers, Streik und Verfassung, S. 72; Söllner, Arbeitsrecht, S. 77; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 9, Rdn. 128; a.A. von Mangoldt-Klein, Art. 9, Anm. VII 2; Nikisch II, S. 104; Dietz, Koalitionsfreiheit und Arbeitskampfrecht, S. 103 ff; diese Mindermeinung leitet die Arbeitskampffreiheit aus der in Art. 2 I GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit ab, übersieht aber dabei, daß Art. 9 III GG lex specialis zu Art. 2 I GG ist. Eine vermittelnde Meinung vertritt Seiter, a.a.O., S. 92.

3 Vgl. Seiter, a.a.O., S. 74 m.w.N.

4 Vgl. BAGE 1, 291 (308); Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 92 ff; Nipperdey, DB 1963, 1612 (1614).

man dieser Ansicht, können aus der Kampfparität allenfalls bedingt Schlüsse auf die Verteilung des Betriebsrisikos gezogen werden. Das setzt zunächst voraus, daß man die Betriebsrisikolehre unter dem Gesichtspunkt eines Lohnverweigerungsrechts betrachtet.¹ So gesehen erscheint eine Lohnverweigerung nach der Betriebsrisikolehre als eine weniger einschneidende Maßnahme im Vergleich zur Aussperrung. Mit beiden Maßnahmen hätte der Arbeitgeber die Möglichkeit, das Lohnrisiko abzuwälzen. Insoweit ließe sich aus der formellen Kampfparität aber lediglich der Schluß ziehen, daß, weil ein Aussperrungsrecht besteht, grundsätzlich auch ein Lohnverweigerungsrecht zulässig sein muß. Aus der formellen Kampfparität ließe sich nicht entnehmen, in welchem Umfang ein Aussperrungs- und somit ein Lohnverweigerungsrecht bestände.

Nach zutreffender Ansicht fordert der Begriff der Kampfparität dagegen nicht unbedingt, daß die Sozialpartner mit jeweils sich entsprechenden Kampfmitteln ausgestattet sein müssen.² Die Arbeitskampfgarantie des Art. 9 III GG enthält keine bestimmte Kampfrechtsordnung, die zwingend die Existenz eines Streik- und Aussperrungsrechts vorschreibt und andere Maßnahmen mit arbeitskampfrechtlichem Charakter verbietet. Der Arbeitskampf entspricht keinem

1 Siehe unten C. II. 5. c) aa).

2 Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, S. 71; M. Wolf, ZfA 1971, 151 (152).

Duell, das mit gleichen Waffen ausgetragen wird.¹ Kampfparität bedeutet lediglich Gleichgewichtigkeit der Koalitionen im Rahmen der Tarifautonomie. Man spricht insoweit von materieller Kampfparität.

Betrachtet man das Prinzip der Kampfparität auf dieser Grundlage, kommt es ausschließlich darauf an, daß beide Sozialpartner bei der autonomen Tarifgestaltung eine in etwa ausgeglichene Verhandlungsbasis haben.² Eine an allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen orientierte Tarifvertragsgestaltung wäre nicht möglich, wenn ein Partner so stark wäre, daß er die Vertragsbedingungen allein diktieren könnte. Ist der Einfluß der Parteien bei der Vertragsgestaltung gleich stark, besteht die größte Gewähr für einen "gerechten" Vertrag.³

So gesehen kommt es im Rahmen der Kampfparität nicht nur darauf an, ob die Sozialpartner ein Streik- oder Aussperungsrecht haben. Ein gleichgewichtiger Arbeitskampf um einen Tarifvertrag hängt nicht allein von diesen Kampfmitteln ab, sondern ebenso von einer Vielzahl anderer Umstände, wie z.B. der Arbeitsmarktlage, der Konjunktur, der Einstellung der öffentlichen Meinung, der Mitglieder-

1 Lerche, a.a.O., S. 68; Rüthers, JurA 1970, 85 (89).

2 Vgl. Bertele, Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperung, S. 84.

3 Vgl. dazu Seiter, a.a.O., S. 164 - 170.

stärke der Verbände und deren Geldmitteln.¹ Eine wesentliche Rolle spielt dabei auch, ob der Arbeitgeber arbeitswilligen Arbeitnehmern, die er nicht beschäftigen kann, die Lohnfortzahlung verweigern darf. Die Betriebsrisikoproblematik kann daher nicht ohne Bezugnahme auf die Kampfparität gelöst werden. Sie ist ein Faktor innerhalb des jeweiligen Kampftrisikos der Sozialpartner.

In welchem Umfang die Betriebsrisikoproblematik zu beachten ist, kann nicht ohne Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gelöst werden. Eine formale Gleichheit des Kampftrisikos der Sozialpartner ist nämlich nicht zu erreichen. Die einzelnen Positionen lassen sich nicht addieren und gegeneinander aufrechnen.² Kampfparität liegt daher nicht nur bei einem bestimmten Ergebnis vor.³ Vielmehr kommt es darauf an, eine Kampfrechtsordnung und - dem angepaßt - eine Regelung für die Betriebsrisikoverteilung zu finden, die einen Sozialpartner nicht unverhältnismäßig belastet. Denn im Rahmen der Kampfparität unterliegt jede Maßnahme dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.⁴ Deshalb darf der soziale Gegenspieler nur soweit unter Druck gesetzt werden, wie dies erforderlich ist, um ein tarifliches Regelungsziel angemessen durchzusetzen. Aus

1 Vgl. Seiter, a.a.O., S. 160.

2 Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 263.

3 Scholz, a.a.O., S. 263; M. Wolf, ZfA 1971, 151 (153).

4 Insbesondere BAGE 1, 291 (300, 301); 23, 292 (306); Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 1022 ff; Reuter JuS 1973, 284 (286); allgemein zum Verhältnismäßigkeitsprinzip BVerfGE 19, 303 (322); 28, 295 (306); 30, 227 (243); BGHZ 3, 270 (281).

diesem Grund wird z.B. eine lösende Aussperrung sogar von der Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen für zulässig erachtet.¹ Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht es auch, daß der gem. § 615 BGB bestehende Lohnfortzahlungsanspruch arbeitswilliger Arbeitnehmer nur dann wegfällt, wenn anderenfalls eine ausgeglichene Tarifaufeinandersetzung nicht mehr gewährleistet wäre. Grundsätzlich dürfen die Rechte der am Arbeitskampf nicht Beteiligten nur beeinträchtigt werden, wenn dies im Rahmen der Tarifautonomie unumgänglich ist.²

c) Die Bedeutung des Lohnverlusts bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen für die Kampfparität der Sozialpartner

Es ist davon auszugehen, daß sich ein Lohnverlust arbeitswilliger Arbeitnehmer bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen auf das Kampfisiko der Arbeitgeberseite günstig auswirkt. Es fragt sich daher, welche Möglichkeiten dem Arbeitgeber grundsätzlich zustehen, bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen einen Lohnverlust der arbeitswilligen Arbeitnehmer herbeizuführen. Der Arbeitgeber kann dies zunächst durch Entlassungen oder Einführung von Kurzarbeit erreichen. Darüber hinaus kann er nach h.M. Arbeitnehmer aussperren, mit dem Ergebnis, daß seine Lohnzahlungspflicht suspendiert ist. Maßgebend für die hier interessierende Problematik ist nunmehr, in welchem Verhältnis zu diesen drei Möglichkeiten ein Lohnverlust nach der Betriebsrisikolehre steht und ob ein solcher neben

1 BAGE 23, 292 (313 ff).

2 Vgl. BAGE 23, 292 (306).

diesen Möglichkeiten noch erforderlich ist.

aa) Der Zusammenhang zwischen Aussperrung und Lohnverlust nach der Betriebsrisikolehre

Im Schrifttum hat man wiederholt auf den Zusammenhang zwischen der Aussperrung und dem Lohnverlust nach der Betriebsrisikolehre hingewiesen.¹ So ist nach der sog. Lehre von der Aussperrungsobliegenheit eine Lohnverweigerung nach der Betriebsrisikolehre überflüssig, da der Arbeitgeber durch eine Aussperrung seiner Lohnfortzahlungspflicht gegenüber den mittelbar betroffenen Arbeitnehmern aus dem Wege gehen könne.² Einige Autoren meinen umgekehrt, daß eine Aussperrung nicht erforderlich und somit unverhältnismäßig sei, weil der Arbeitgeber nach der Betriebsrisikolehre berechtigt sei, die Lohnzahlung an arbeitswillige Arbeitnehmer zu verweigern und so das gleiche Ergebnis wie bei einer suspendierenden Abwehraussperrung erzielen könne.³

Beiden Auffassungen ist gemeinsam, daß sie der Betriebsrisikolehre unmittelbar arbeitskampfrechtlichen Charakter

1 Vgl. Zöllner, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, S. 56 f; Biedenkopf, a.a.O., S. 14; Ramm, Festschrift für Abendroth, S. 275 (289 ff); vgl. auch ArbG Kassel, DB 1972, 1121 (1123).

2 Hueck-Nipperdey II, 6. Aufl., S. 615; Bötticher, a.a.O., S. 13; Danz, a.a.O., S. 123; Weiss, AuR 1974, 37 (48).

3 Evers, Arbeitskampffreiheit, Neutralität, Waffengleichheit und Aussperrung, S. 67 f; Däubler JuS 1972, 642 (646); Kittner, GMH 1973, 91 (98).

beimessen. Der Lohnanspruch fällt nicht aufgrund einer Gefahrtragungsregel automatisch weg, sondern erst, wenn sich der Arbeitgeber auf sein Recht zur Lohnverweigerung beruft. Diesen Gesichtspunkt hat Seiter neuerdings weiter untersucht. Er kommt zu dem Schluß, daß das schlichte Lohnverweigerungsrecht nach der Betriebsrisikolehre neben der suspendierenden Abwehraussperrung im Arbeitskämpfungsmittelsystem einzuordnen sei.¹ Sowohl die Lohnverweigerung nach der Betriebsrisikolehre als auch die Aussperrung seien Maßnahmen, mit denen der Arbeitgeber in jeweils abgestufter Form auf einen Streik reagieren könne. In beiden Fällen entgehe der Arbeitgeber seiner Lohnfortzahlungspflicht gegenüber Arbeitswilligen, wodurch Druck auf die kampfführende Gewerkschaft ausgeübt werde. Wegen dieser Funktionsähnlichkeit der beiden Rechtsinstitute müsse deren Zulässigkeit wenigstens teilweise konform gehen.²

Alle drei Auffassungen setzen eine Erörterung der grundsätzlichen Zulässigkeit der Aussperrung und deren Verhältnis zum Lohnverlust nach der Betriebsrisikolehre voraus.

1 Seiter, a.a.O., S. 309 - 312.

2 Seiter, a.a.O., S. 307, 310, 313.

(1) Die grundsätzliche Zulässigkeit der Aussperrung

Die h.M. hält zumindest eine suspendierende Abwehraussperrung grundsätzlich für zulässig.¹ Die Bedeutung der Abwehraussperrung liegt darin, dem Arbeitgeber einen gleichgewichtigen Kampf um den Abschluß eines Tarifvertrags zu ermöglichen. Zur Erreichung eines Tarifkompromisses ist es erforderlich, daß auch der Arbeitgeber oder dessen Verband Druck auf die Gewerkschaften ausüben kann. Mit der Aussperrung ist es dem Arbeitgeber möglich, schlagartig den Arbeitskampf auf eine Vielzahl von Arbeitnehmer auszudehnen und so den Streikfonds der Gewerkschaften empfindlich zu belasten. Dieses Ziel kann der Arbeitgeber in der Regel weder durch eine sog. Kampfkündigung noch durch eine Lohnverweigerung nach der Betriebsrisikolehre erreichen.

Vornehmlich eine Kampfkündigung erweist sich im Arbeitskampf als wenig sinnvoll. Eine Entlassung von Arbeitnehmern zwecks Durchsetzung von Zielen im Arbeitskampf unterliegt zwar, wie sich aus § 25 KSchG ergibt, nicht

¹ BAGE 1, 291 (310 ff); 23, 292 (131 ff); vgl. ferner die Nachweise bei Löwisch-Krauß, AR-Blattei, Arbeitskampf III, B II 1 a; grundsätzlich gegen jede Aussperrung: Däubler, JuS 1972, 462 (464 ff); Radke, AuR 1964, 67 ff; Richard Schmid, GMH 1964, 326 (331); Musa, RdA 1971, 346 ff; Schwegler, GMH 1972, 299 ff; Kittner, GmH 1973, 97 ff.

dem Kündigungsschutz nach § 1 KSchG.¹ Jedoch gelten die Kündigungsfristen, die gem. § 622 BGB verschieden lang sind. Der Arbeitgeber wäre somit nicht in der Lage, unmittelbar auf einen Streik zu antworten. Eine schlagartige Erweiterung des Arbeitskampfes, um zu einem schnellen Tarifabschluß zu kommen, wäre unmöglich. Ferner führt eine Kampfkündigung im Gegensatz zur Aussperrung stets zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Dies liegt trotz Wiedereinstellungsklauseln in der Regel nicht im Interesse des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer.²

Auch ein Lohnverlust nach der Betriebsrisikolehre kann ein Aussperrungsrecht grundsätzlich nicht ersetzen. Die Gewerkschaften können z.B. mit Hilfe von Schwerpunktstreiks bei geringem Einsatz ein Höchstmaß an Wirkung erzielen.³ Bei einer solchen hochentwickelten Kampftaktik der Gewerkschaften ist es erforderlich, daß der Arbeitgeber sofort reagieren kann. Bei einer Lohnverweigerung nach der Betriebsrisikolehre muß der Arbeitgeber solange warten, bis eine Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer unmöglich geworden ist, bevor es zum Lohnverlust kommen kann. Seiter hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen,

1 Vgl. Seiter, a.a.O., S. 321; a.A. van Gelder, DB 1970, 204 (207), der mit der Aufgabe der individualrechtlichen Arbeitskampfauffassung durch BAGE 1, 291 ff jede Kündigung dem Kündigungsschutz unterstellt sehen will.

2 Seiter, a.a.O. S. 322, 329; vgl. zum Verhältnis der Aussperrung zur Kurzarbeit unten C. II. 5. c) aa) (2).

3 Vgl. zum Fall eines "echten" Schwerpunktstreiks OLG Jena, NZfA 1923, 190 f; Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 899.

daß die angreifende Gewerkschaft ihre Einzelaktionen so dosieren könne, daß eine erhebliche Störung der Produktion eintrete, die Schwelle aber, von der an die Einstellung der Produktion wegen Unmöglichkeit der Beschäftigung zulässig sei, nicht überschritten werde.¹ Deshalb müsse es der Arbeitgeber in der Hand haben, den Arbeitskampf auszuweiten, um ebenfalls Druck auszuüben.

Insbesondere in Zeiten der Hochkonjunktur wird es erforderlich sein, dem Arbeitgeber die Möglichkeit der Aussperrung zuzubilligen. In diesem Fall können sich die Arbeitgeber aus wirtschaftlichen Gründen einen lang dauernden Streik nicht leisten, ohne erhebliche Einbußen zu erleiden. Auch im Hinblick auf gesamtwirtschaftliche Erwägungen ist es notwendig, daß die Arbeitgeber ein Mittel haben, das sie in die Lage setzt, den Arbeitskampf schnell zu beenden, ohne den Forderungen der Arbeitnehmerseite im vollen Umfang nachgeben zu müssen.²

Aus den vorstehenden Gründen ist mithin zumindest eine suspendierende Abwehraussperrung grundsätzlich erforderlich und somit zulässig.

1 Seiter, a.a.O., S. 326.

2 Vgl. Bulla, Festschrift für Nipperdey, Bd. II, 1965, S. 79 ff; Seiter, a.a.O., S. 329.

(2) Die Zulässigkeit eines Lohnverweigerungsrechts
nach Betriebsrisikogrundsätzen

Ebenso wie ein Lohnverlust nach der Betriebsrisikolehre kein Aussperrungsrecht ersetzen kann, gilt das gleiche für das Aussperrungsrecht hinsichtlich der schlichten Lohnverweigerung. Beide Maßnahmen verfolgen im Arbeitskampf verschiedene Ziele. Die Abwehraussperrung ermöglicht es dem Arbeitgeber, seinerseits zum Gegenangriff überzugehen. Will der Arbeitgeber möglichst schnell den Arbeitskampf beenden und seine Vorstellungen durchsetzen, wird er versuchen, viele Arbeitnehmer mit Hilfe der Aussperrung in den Kampf mit einzubeziehen. Er braucht damit nicht zu warten, bis die Weiterproduktion unmöglich geworden ist. Möchte der Arbeitgeber dagegen eine Kampfausweitung vermeiden, wird er sich darauf beschränken zu warten, bis sich die Produktion nicht mehr aufrecht erhalten läßt und sodann von seinem Lohnverweigerungsrecht nach der Betriebsrisikolehre Gebrauch machen.¹ In diesen Fällen gibt die bloße Lohnverweigerung dem Arbeitgeber die Möglichkeit, den Arbeitskampf durchzustehen, ohne sofort den Forderungen der Gewerkschaft nachgeben zu müssen. Eine solche defensive Taktik bietet für den Arbeitgeber eine Reihe von Vorteilen. Er läuft nicht die Gefahr, daß die Arbeitnehmer wie bei einer Aussperrung abkehren können.²

1 Vgl. grundsätzlich zur unterschiedlichen Funktion von Aussperrung und Betriebsrisikolehre Seiter, a.a.O., S. 308 - 310, 326.

2 BAGE 23, 292 (312f); Richardi, RdA 1971, 334 (341); Löwisch, ZfA 1971, 319 (328); ablehnend Reuß, AuR 1971, 353 (362).

Ferner kann es angebracht sein, eine unternehmerische Machtdemonstration in Form einer Aussperrung zu vermeiden, um einem Solidarisierungseffekt zwischen den Arbeitnehmern entgegenzuwirken. Der bloßen Lohnverweigerung nach Betriebsrisikogrundsätzen kommt also gegenüber der Aussperrung eine konfliktsbegrenzende Wirkung zu. Schon aus dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit¹ muß man daher das Lohnverweigerungsrecht neben der Aussperrung zulassen.

Ebensowenig wie eine Kampfkündigung ein Aussperrungsrecht überflüssig macht, kann die Einführung von Kurzarbeit ein Lohnverweigerungsrecht ersetzen. Kurzarbeit dient dazu, einen Arbeitsausfall, der grundsätzlich auch arbeitskampfbedingt sein kann, zu überbrücken.² Dabei fällt der Lohnanspruch vorübergehend weg, wobei das Arbeitsverhältnis aufrecht erhalten bleibt. Insoweit besteht eine Funktionsähnlichkeit zur Betriebsrisikolehre, die ebenfalls einen Lohnverlust bei einer in der Regel vorübergehenden Betriebsstockung bewirkt. Während bei der Betriebsrisikolehre aber gewährleistet ist, daß bei Unmöglichkeit der Weiterproduktion sofort die Lohnzahlung eingestellt werden kann, trifft dies bei der Einführung von Kurzarbeit nicht zu. Die mit der Einführung von Kurzarbeit verbundene Verkürzung der Arbeitszeit berührt die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Arbeitsleistung

1 Vgl. oben C. II. 5. b.

2 Zur Funktion der Kurzarbeit siehe Hahn, Kurzarbeit, zeitweilige Betriebsstillegung und Massenentlassungen, S. 17; Farthmann, RdA 1974, 65 (69); ders., AR-Blattei, (D) Arbeitszeit V, Kurzarbeit, 2. Forts.-Blatt; Siegers, BABI 1969, 353 (355).

und Arbeitsentgelt werden herabgesetzt. Deshalb bedarf es einer einzelvertraglichen oder kollektivrechtlichen Vereinbarung, die in das Einzelarbeitsverhältnis einzuwirken vermag.¹ Solange in einem Betrieb keine arbeitsvertragliche Einheitsregelung getroffen worden ist und keine kollektivrechtliche Vereinbarung in Form einer Betriebsvereinbarung gem. § 77 IV BetrVG oder einer tariflichen Kurzarbeiterklausel² besteht, kann der Arbeitgeber Kurzarbeit nur durch entsprechende Vertragsänderungen oder Änderungskündigungen gem. § 2 KSchG einführen. In beiden Fällen kann dies längere Zeit in Anspruch nehmen, wenn die arbeitswilligen Arbeitnehmer nicht einverstanden sind.³ Bei einer Änderungskündigung kann der Arbeitgeber zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfristen nichts unternehmen.

Ferner bedarf die Einführung von Kurzarbeit gem. § 87 I Nr. 3 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats,⁴ der diese im Zusammenhang mit einem Arbeitskampf nicht ohne weiteres erteilen wird. Der Arbeitgeber müßte möglicherweise gem. § 87 II BetrVG die Einigungsstelle anrufen oder die Zustimmung vor dem Arbeitsgericht erzwingen.⁵ Hinzu kommt,

1 Vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 615 BGB Kurzarbeit.

2 Vgl. die bei Simitis-Weiss, DB 1973, 1240 (1251) in den Fn. 88 - 107 aufgeführten Beispiele.

3 Vgl. dazu unten D. III. 2. c).

4 Vgl. dazu GK-Wiese, § 87, Rdn. 78 m.w.N.

5 Vgl. dazu unten D. III. 2. c).

daß die Einführung von Kurzarbeit tarifvertraglich oftmals an die gleichen Voraussetzungen geknüpft ist, unter denen ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld nach dem AFG besteht.¹ Gem. § 64 I Nr. 3 AFG setzt die Einführung von Kurzarbeit voraus, daß der Produktionsausfall wenigstens vier Wochen dauert. Arbeitskampfbedingte Betriebsstörungen sind jedoch in der Regel kürzer. Aus alledem geht hervor, daß es bei der Einführung von Kurzarbeit zumindest Verzögerungen geben kann, die bei der Lohnverweigerung nach der Betriebsrisikolehre nicht entstehen. Selbst im Rahmen einer defensiven Durchhaltetaktik kann daher die Einführung von Kurzarbeit einen Lohnverlust nach der Betriebsrisikolehre nicht ersetzen.²

(3) Der Vergleich zwischen Abwehraussperrung und Lohnverweigerung nach der Betriebsrisikolehre

Sieht man die Betriebsrisikolehre im Zusammenhang mit der Aussperrung, muß man konsequenterweise das Problem der Betriebsrisikoverteilung aus dem individualrechtlichen Leistungsstörungenrecht ausklammern.³ Es geht nicht mehr darum, ob der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer für bestimmte Ereignisse die Vergütungsgefahr tragen muß, sondern darum, ob der Arbeitgeber im Rahmen der Kampfparität das Recht hat, in bestimmten Fällen die Lohnfortzahlung zu verwei-

1 Simitis-Weiss, DB 1973, 1240 (1251, Fn. 88 - 107).

2 A.A. Weiss, AuR 1974, 37 (48).

3 Seiter, a.a.O., S. 312; Ramm, Festschrift für Abendroth, S. 275 (294).

gern. Ebenso wie man heute die Beteiligung eines Arbeitnehmers am Streik nicht mehr individualrechtlich als Arbeitsvertragsbruch wertet,¹ ist auch der Lohnanspruch mittelbar arbeitskampfbetroffener Arbeitnehmer in kollektivrechtliche Zusammenhänge zu stellen. Betrachtet man die Lohnverweigerung nach der Betriebsrisikolehre aus dieser Sicht, räumt die Betriebsrisikolehre dem Arbeitgeber ein Recht ein, bei dessen Ausübung Druck auf den sozialen Gegenspieler ausgeübt werden kann.² Verweigert der Arbeitgeber die Lohnfortzahlung, muß die Gewerkschaft entweder Streikunterstützung an die mittelbar betroffenen Arbeitnehmer zahlen oder in Kauf nehmen, daß die nunmehr mittellos werdenden Arbeitnehmer auf eine Beendigung des Arbeitskampfs drängen.

Im Ergebnis wirkt sich daher der Lohnverlust nach der Betriebsrisikolehre ähnlich aus wie eine suspendierende Abwehraussperrung. Angesichts dieses Zusammenhangs zwischen den beiden Rechtsinstituten müssen diese zumindest teilweise auch den gleichen Voraussetzungen unterliegen. Der Anwendungsbereich des Aussperrungsrechts muß jedoch nicht zwingend identisch mit dem eines Lohnverweigerungsrechts nach der Betriebsrisikolehre sein. Soweit eine Aussperrung nicht mehr zulässig ist, kann im Rahmen der Kampfparität ein Lohnverweigerungsrecht als weniger einschneidende Maßnahme immer noch erforderlich sein. Insofern läßt sich folgender Satz aufstellen: Kann der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer infolge einer arbeits-

1 H.M. seit BAGE 1, 291.

2 Vgl. zu diesem Gesichtspunkt Seiter, a.a.O., S. 309.

kampfbedingten Betriebsstörung nicht beschäftigen, ist eine schlichte Lohnverweigerung nach der Betriebsrisikolehre zumindest dann zulässig, wenn der Arbeitgeber seine arbeitswilligen Arbeitnehmer auch aussperren könnte.¹

bb) Der Zusammenhang zwischen § 116 III AFG und dem Lohnverweigerungsrecht nach der Betriebsrisikolehre

Neben der Aussperrung verlangt noch ein weiterer Gesichtspunkt bei der Betriebsrisikoverteilung Berücksichtigung. Insbesondere im Zusammenhang mit dem Lohnfortzahlungsanspruch in Drittbetrieben außerhalb des Geltungsbereichs des umkämpften Tarifvertrags hat ein Teil der Literatur neuerdings auf die Vorschrift des § 116 III AFG verwiesen und dessen Kriterien auf die Betriebsrisikoproblematik zu übertragen versucht.² § 116 AFG regelt unter Berücksichtigung der Kampfparität der Sozialpartner den Konflikt zwischen Sozialversicherungs- und Arbeitskampfrecht. Gem. §§ 70, 116 I AFG darf die Bundesanstalt für Arbeit durch die Gewährung von Kurzarbeiter- oder Arbeitslosengeld nicht in Arbeitskämpfe eingreifen, weil dadurch die Kampfparität der Sozialpartner beeinträchtigt werden könnte. Deshalb dürfen gem. § 116 II AFG den Arbeitnehmern keine Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung gewährt werden, die unmittelbar am Arbeitskampf durch

1 Vgl. zum Zusammenhang zwischen Aussperrung und Lohnverweigerungsrecht nach der Betriebsrisikolehre auch Nitsche, a.a.O., S. 146, 155.

2 Ehmann, DB 1973, 1946 (1950); Gerke, ABA 1973, 380 (382); vgl. auch Hanau-Adomeit, S. 178; Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd. S. 946.

Streik oder Aussperrung beteiligt sind. Gem. § 116 III AFG ruhen darüber hinaus die Ansprüche der mittelbar betroffenen Arbeitnehmer, wenn der Arbeitskampf auf eine Änderung der Arbeitsbedingungen in dem Betrieb, in dem der Arbeitnehmer zuletzt beschäftigt war, abzielt oder die Gewährung von Leistungen den Arbeitskampf beeinflussen würde.

Die Kriterien des letztgenannten Absatzes sollen nunmehr auch für den Lohnfortzahlungsanspruch der mittelbar arbeitskampf betroffenen Arbeitnehmer maßgebend sein. Man argumentiert, daß der Arbeitgeber nicht zur Lohnfortzahlung verpflichtet werden dürfe, wenn sogar eine Leistung der Arbeitslosenversicherung nach § 116 III AFG aus Gründen der Kampfparität nicht erbracht werden soll.¹

Der wohl überwiegende Teil der Lehre meint dagegen, daß aus § 116 III AFG nichts über die Verteilung des Betriebsrisikos entnommen werden könne. § 116 III AFG gehe vielmehr von einer bestehenden Betriebsrisikoverteilung aus. Gem. §§ 65 I Nr. 2, 117 I AFG setze der Anspruch auf Leistungen und somit auch dessen Ruhen gem. §§ 70, 116 AFG voraus, daß kein Lohnanspruch bestehe. Bevor es also zur Anwendung des § 116 III AFG komme, müsse schon feststehen, ob der Arbeitnehmer das Betriebsrisiko zu tragen habe. Der Wegfall des Lohnanspruchs sei Voraussetzung, nicht aber Folge des § 116 III AFG.²

1 Insbesondere Ehmann, DB 1973, 1946 (1950).

2 Vgl. Säcker, Gruppenparität, S. 85; Danz, a.a.O., S. 85; Schwerdtfeger, Arbeitslosenversicherung und Arbeitskampf, S. 54, 58; Musa, AuR 1976, 161 (164).

Zutreffend ist, daß § 116 III AFG einen Anspruch auf Kurzarbeiter- oder Arbeitslosengeld voraussetzt, der wiederum gem. §§ 65 I Nr. 2, 117 I AFG vom Wegfall des Lohnanspruchs abhängig ist. Daraus geht aber auch hervor, daß ein Zusammenhang zwischen der Betriebsrisikolehre und der Gewährung von Arbeitslosen- oder Kurzarbeitergeld bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen besteht. Gesteht man den Arbeitnehmern bei streikbedingten Betriebsstörungen entsprechend der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts grundsätzlich keinen Lohnanspruch zu, gewinnt § 116 III AFG große Bedeutung. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung nur in Ausnahmefällen ruhen.¹ Die Gewährung von Arbeitslosen- oder Kurzarbeitergeld führt dann im Ergebnis dazu, daß die Härten, die dem Arbeitnehmer aus einem Lohnverlust nach der Betriebsrisikolehre erwachsen, auf Kosten der Arbeitslosenversicherung gemildert werden.² Gleichzeitig wird die Gewerkschaft der Sorge enthoben, an mittelbar arbeitskampfbetroffene Arbeitnehmer Leistungen aus dem Streikfonds erbringen zu müssen. Mithin hat § 116 III AFG einen nicht unerheblichen Einfluß auf die Kampfparität der Sozialpartner.³

1 Bericht des 19. Ausschusses zu BT - Drs. V 4110, § 105, S. 20.

2 Vgl. Schwerdtfeger, a.a.O., S. 20.

3 Schwerdtfeger, a.a.O., S. 57; Löwisch, RdA 1972, 73 (78); H. Bogs, VSSR 1973, 126 (149 f).

Wegen dieses Zusammenhangs zur Kampfparität sollte man die Betriebsrisikolehre im Hinblick auf § 116 III AFG zumindest überdenken. Das Problem der mittelbaren Kampfbetroffenheit wird nicht nur vom Lohnfortzahlungsanspruch beeinflusst, sondern auch über die Lohnersatzleistungen der Arbeitslosenversicherung.¹ Gestaltet man nun die Betriebsrisikolehre so um, daß ein Recht zur Lohnverweigerung nur dann besteht, wenn der Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung gem. § 116 III AFG ruht, vermeidet man, daß die Sozialversicherung unmittelbar arbeitskampfmäßige Risiken auffangen muß. Eine solche Lösung entspräche dem Grundanliegen der Arbeitslosenversicherungen, das darauf gerichtet ist, herkömmliche, arbeitsmarktmäßige Risiken abzudecken.

(1) Der Zweck der Arbeitslosenversicherung

Der Zweck von Arbeitslosen- und Kurzarbeitergeld ist es, einen Ausgleich für die wirtschaftlichen Risiken zu gewähren, die das Ergebnis einer ungünstigen Konjunktur oder Strukturkrise sind.²

Arbeitslosigkeit setzt gem. § 101 AFG voraus, daß der Arbeitnehmer nicht nur vorübergehend in keinem Beschäftigungsverhältnis steht. Wird dem Arbeitnehmer also aus

1 Vgl. Seiter, Urteilsanmerkung zu BAG AP Nr. 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 4 R).

2 Schwerdtfeger, a.a.O., S. 24; Jülicher, DB 1973, 720 (721); Weber-Paul, § 116, Anm. 1.

Anlaß einer Betriebsstörung gekündigt, liegen insoweit die Voraussetzungen für die Gewährung von Arbeitslosengeld vor. Zielsetzung des Arbeitslosengelds ist es, den Arbeitnehmer vor den wirtschaftlichen Nachteilen zu schützen, die damit verbunden sind, daß er in keinem Arbeitsverhältnis steht und dementsprechend keinen Lohnanspruch hat.¹

Während das Arbeitslosengeld lediglich eine Lohnersatzfunktion hat, dient das Kurzarbeitergeld nach §§ 63 ff AFG zusätzlich der Vorbeugung gegen Arbeitslosigkeit.² Die Einführung von Kurzarbeit hat im Gegensatz zu Entlassungen nicht zur Folge, daß das Arbeitsverhältnis aufgelöst wird. Bei vorübergehenden Arbeitsausfällen braucht der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer nicht gleich zu kündigen. Stattdessen kann er mit Hilfe der Einführung von Kurzarbeit die Produktion drosseln oder kurzfristig ganz einstellen. Da der Arbeitnehmer durch die Einführung von Kurzarbeit seinen Lohnanspruch verliert, aber bei Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld hat, wird der Lohnverlust durch die Gewährung von Kurzarbeitergeld teilweise ausgeglichen.³ Kurzarbeitergeld ist somit nicht nur Lohnersatz, sondern ermöglicht es erst, eine vorübergehende Betriebsstörung

1 Kreuzer, Die Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit, S. 69.

2 Vgl. § 63 I AFG; siehe auch Kreuzer, a.a.O., S. 56.

3 Das Kurzarbeitergeld erreicht bis zu 68% des Entgelts der ausgefallenen Arbeitsstunden. Vgl. § 68 AFG i.V.m. der Anlage.

ohne Entlassungen zu überstehen. Das Kurzarbeitergeld verfolgt mithin eine wichtige arbeitsmarkt- und beschäftigungspolitische Funktion.¹

Selbst wenn das Arbeitslosen- oder Kurzarbeitergeld in der Hauptsache arbeitsmarktmäßige Risiken abdecken soll, ist es nach den Vorschriften des AFG nicht ausgeschlossen, daß auch bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen ein Anspruch auf Leistungen besteht. Solche Störungen können sich in einem Betrieb ebenso wie wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfälle darstellen. Deshalb kann der Arbeitgeber hier ebenfalls seine Arbeitnehmer entlassen oder Kurzarbeit einführen. Auch wenn in diesen Fällen der Arbeitgeber berechtigt sein sollte, die Lohnfortzahlung nach der Betriebsrisikolehre zu verweigern, hat das zunächst keinen Einfluß auf die Gewährung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Das AFG unterscheidet nicht, aufgrund welchen Ereignisses der Lohnanspruch weggefallen ist.

Für die Gewährung von Kurzarbeitergeld ist gem. § 64 I Nr. 2 AFG lediglich Voraussetzung, daß kein Lohnanspruch besteht. Insoweit ist es gleichgültig, ob der Lohnanspruch durch die Einführung von Kurzarbeit weggefallen ist oder nach den Bestimmungen der Betriebsrisikolehre. Es ist nur erforderlich, daß die Betriebsstörung vorübergehend ist. Gem. § 67 I AFG wird Kurzarbeitergeld grundsätzlich für keinen längeren Zeitraum als sechs Monate gezahlt. Da arbeitskampfbedingte Betriebsstörungen in aller Regel nicht länger als sechs Monate dauern, hat die

1 Kreuzer, a.a.O., S. 71.

Gewährung von Kurzarbeitergeld von daher größere praktische Bedeutung als das Arbeitslosengeld.¹

§ 64 I AFG fordert weiter, daß der Arbeitsausfall auf wirtschaftlichen Ursachen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht und unvermeidbar ist. Soweit aber durch einen Arbeitskampf in Drittbetrieben Zulieferungsschwierigkeiten entstehen, beruhen die daraus entstehenden Arbeitsausfälle unmittelbar auf wirtschaftlichen Ursachen, nämlich den Zulieferungsschwierigkeiten.² Selbst wenn man in diesen Fällen eine wirtschaftliche Ursache verneinen würde, müßte man die Zulieferungsschwierigkeiten bzw. den Arbeitskampf als unabwendbares Ereignis i.S.d. § 64 I Nr. 2, 2. Alt. AFG betrachten.³ Mit der Voraussetzung des unabwendbaren Ereignisses soll sichergestellt werden, daß keine Leistungen erbracht werden müssen, wenn die Betriebsstörung schuldhaft herbeigeführt worden ist. Den Arbeitgeber als Gläubiger der Arbeitsleistung darf an der Betriebsstörung kein Verschulden gegen sich selbst im Sinne einer Obliegenheitsverletzung treffen. Zwar könnten ein Arbeitskampf und damit auch mögliche Zulieferungsschwierigkeiten für den Arbeitgeber im Einzelfall vermeidbar gewesen sein, wenn er Einfluß auf die Tarifauseinandersetzung gehabt

1 Vgl. dazu Säcker, Gruppenparität, S. 70; Kreuzer, a.a.O., S. 78.

2 Jülicher, DB 1973, 720 (723); Hennig-Kühl-Heuer, § 64, Anm. 3; Kreuzer, a.a.O., S. 72.

3 So Säcker, Gruppenparität, S. 79. Bei einem Teilstreik wird man allerdings mit Säcker nur noch von einem unabwendbaren Ereignis ausgehen können. Vgl. auch Kreuzer, a.a.O., S. 73.

hätte. Das ändert aber nichts daran, daß auch bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld besteht, da selbst die Teilnahme an einem Arbeitskampf nicht als Verschulden gegen sich selbst zu werten ist.¹

Wenn der Arbeitsausfall jedoch nicht vorübergehend ist und länger als sechs Monate dauert, besteht gem. § 67 I AFG kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld. Stattdessen hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Arbeitslosengeld gem §§ 100 ff AFG, auch wenn der Arbeitgeber die Arbeitsverhältnisse nicht gekündigt hat. Trotz fortbestehenden Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitnehmer in diesem Fall als arbeitslos anzusehen.² Die bislang h.M. hat eine Reihe von Kriterien entwickelt, die bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis für den Wegfall eines Beschäftigungsverhältnisses i.S.d. § 101 I AFG maßgebend sein sollen.³ Entscheidend dürfte jedoch allein sein, daß der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch verloren hat und insoweit nach dem Sinn und Zweck der Arbeits-

1 Siehe oben C. I. 3. a) am Ende.

2 Vgl. zur Unterscheidung von Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis BSGE 1, 115 (119 ff); 2, 171 (174 ff); 11, 79 (81 ff); 17, 1 (3); Schönefelder-Kranz-Wanka, § 101, Rdn. 10; Stern, BB 1973, 201 f.

3 Vgl. BSGE 33, 254 (261 f); Säcker, Gruppenparität, S. 69; Kreuzer, a.a.O., S. 76 - 78. Danach besteht das Beschäftigungsverhältnis bei Teilnahme am Arbeitskampf und bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen grundsätzlich fort. Es endet erst nach drei Wochen. Arbeitslosengeld kann demnach frühestens nach drei Wochen gewährt werden.

losenversicherung ein Bedürfnis für Arbeitslosengeld besteht.¹ Die Gewährung von Arbeitslosengeld setzt gem. § 117 I AFG ebenso wie § 65 I Nr. 2 AFG für die Gewährung von Kurzarbeitergeld voraus, daß der Arbeitnehmer keinen Lohnanspruch hat. Aus dieser Sicht kommt es für die Gewährung von Arbeitslosengeld bei dauernden Betriebsstörungen - ebenso wie bei der Zahlung von Kurzarbeitergeld bei vorübergehenden Arbeitsausfällen - allein darauf an, ob der Lohnanspruch weggefallen ist.

(2) Die Funktion des § 116 III AFG

Um sicherzustellen, daß durch die Gewährung von Arbeitslosen- und insbesondere Kurzarbeitergeld nicht in einen Arbeitskampf eingegriffen wird, bestimmen die §§ 70, 116 III AFG, daß bei arbeitskampfbedingter Arbeitslosigkeit oder Kurzarbeit nicht in allen Fällen Leistungen der Arbeitslosenversicherung erbracht werden dürfen.² Führt der Arbeitgeber aus Anlaß einer arbeitskampfbedingten Betriebsstörung Kurzarbeit ein, oder verweigert er nach der Betriebsrisikolehre die Lohnzahlung, kann der Anspruch

1 Vgl. Gerke, ABA 1973, 380 (381), der im Rahmen von § 116 AFG jede Nichtbeschäftigung genügen läßt. Ebenso Schwerdtfeger, a.a.O., S. 31, Fn. 85.

2 Vgl. zur Vereinbarkeit von § 116 III AFG mit Art. 69 i des Übereinkommens Nr. 102 der IAO (siehe Ratifizierungsgesetz vom 18.9.1957, BGBI II, S. 1321); Leder, BABI 1963, 488 (495); Löwisch, RdA 1972, 73 (75); Weber, RdA 1972, 80 (82); Sacker, Gruppenparität, S. 50; Hueck-Nipperdey-Sacker II, 2. Halbbd., S. 967, Fn. 82 b; Behrend, SozSich 1959, 265 f; Weber, SozSich 1970, 36 (39); Müller-Lücking, SozSich 1972, 13.

auf Kurzarbeitergeld gem. § 116 III AFG ruhen. Arbeitskämpfe sollen nicht auf Kosten der Arbeitslosenversicherung geführt werden. Grundgedanke des § 116 AFG ist die Wahrung der Neutralitätspflicht des Staates gegenüber den Sozialpartnern.¹ Wenn Art. 9 III GG die Autonomie der Sozialpartner im Tarifbereich gewährleistet, bedeutet dies zugleich die Verpflichtung des Staates, sich auf diesem Gebiet neutral zu verhalten. Der Staat und damit auch die Bundesanstalt für Arbeit müssen den so geschaffenen Freiheitsraum der Koalitionen respektieren und dürfen in keine Tarifauseinandersetzung eingreifen. Das besagt aber nicht, daß sich die Neutralitätsverpflichtung als totale Nichteinmischung im Sinne des laissez-faire darstellen muß.² Eine auf dem Prinzip der Nichteinmischung beruhende Neutralität kann zum Konflikt mit der Kampfparität führen. Bestände aufgrund von Machtverschiebungen keine Kampfparität zwischen den Sozialpartnern, wäre die Funktion der Tarifautonomie gestört. Kann ein Partner allein die Vertragsbedingungen festlegen und ist der andere gezwungen, diese anzunehmen, ist kein Ausgleich der beiderseitigen Interessen mehr möglich. Die Autonomie in einem Rechtsbereich darf nicht zur Folge haben, daß das damit einge-

1 Vgl. zur historischen Entwicklung der Neutralitätspflicht Tennstedt, AuR 1973, 168 ff.

2 Brox-Rüthers, a.a.O., S. 43; Säcker, Gruppenparität, S. 109 m.w.N.

räumte Freiheitsrecht gerade wegen der Autonomie beseitigt wird.¹ Insoweit gilt das Prinzip der fördernden Neutralität.² Der Staat hat die Aufgabe, für eine funktionierende Tarifautonomie zu sorgen. Dieser Aufgabe ist der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 116 III AFG nachgekommen, wodurch eine paritätswidrige Beeinflussung des Arbeitskamps durch die Gewährung von Arbeitslosen- oder Kurzarbeitergeld an arbeitswillige Arbeitnehmer vermieden werden soll. Aus § 116 III AFG folgt somit, daß Arbeitslosen- oder Kurzarbeitergeld unter bestimmten Voraussetzungen die Kampfparität der Sozialpartner beeinträchtigen würde.³ Deshalb muß der Anspruch in diesen Fällen ruhen. Umgekehrt läßt sich aus § 116 III AFG aber auch schließen, daß die Verweigerung von Leistungen die Kampfparität beeinflussen kann.⁴

1 Die moderne Privatrechtstheorie hat entsprechende Gedanken für die Privatautonomie entwickelt. Vgl. z.B. Raiser, JZ 1958, 1 ff; ders., JZ 1961, 465 ff; Biedenkopf, Festschrift für Böhm, S. 113 ff; Brox, JZ 1966, 761 (762).

2 Säcker, a.a.O., S. 109, Fn. 176; Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Problem, S. 112 ff; Rütters, Jura 1970, 85 (106); Jülicher, DB 1973, 720 (721); Bartholomeyczik, AcP 166, 30 (33, 66).

3 Kampfparität und Neutralität decken sich insoweit, vgl. Kreuzer, a.a.O., S. 44.

4 Behrendt, SozSich 1959, 265; Möller-Lücking, SozSich 1972, 13 f; Jülicher, DB 1973, 720 (721).

(3) Die Bedeutung des § 116 III AFG für das
Lohnverweigerungsrecht nach der Betriebs-
risikolehre

Hat der Gesetzgeber somit für den Bereich der Arbeitslosenversicherung hinsichtlich der Kampfparität eine bestimmte Regelung getroffen, so ergibt sich daraus allerdings nicht zwingend, daß er eine gleiche Regelung hinsichtlich der Betriebsrisikoverteilung treffen muß. Im Rahmen des Art. 9 III GG ist der Gesetzgeber nicht gehindert, das Betriebsrisiko anders als in § 116 III AFG zu verteilen.¹ Grundsätzlich kann der Arbeitgeber auch dann ein Lohnverweigerungsrecht haben, wenn der Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung nicht ruht. Dem Gesetzgeber steht im Rahmen des Art. 9 III GG hinsichtlich der Normierung der Betriebsrisikotatbestände ein Spielraum zu, der erst überschritten ist, wenn eine gleichgewichtige Tarifauseinandersetzung nicht mehr gewährleistet ist.² Solange der Gesetzgeber aber von seiner Möglichkeit, die Betriebsrisikoverteilung zu regeln, keinen Gebrauch gemacht hat, ist es zu überlegen, die Wertentscheidung, die hinsichtlich der Kampfparität in § 116 III AFG getroffen worden ist, auch bei einer Lohnverweigerung nach der Betriebsrisikolehre zu berücksichtigen.

Für eine solche Lösung spricht zunächst, daß der Arbeitgeber gem. § 167 AFG die Mittel für das Arbeitslosen- oder Kurzarbeitergeld zur Hälfte aufbringen muß. Es er-

1 BSG SAE 1976, 237 (244 f).

2 Vgl. BVerfGE 4, 96 (107 ff); 20, 312 (317); Lerche, a.a.O., S. 38, 66; Evers, a.a.O., S. 16 ff.

scheint angebracht, daß in den Fällen, in denen der Arbeitgeber gem. § 116 AFG nicht über den Umweg der Arbeitslosenversicherung zur Unterstützung der Arbeitnehmer im Arbeitskampf herangezogen werden kann, auch nicht zur direkten Unterstützung in Form einer Lohnfortzahlung verpflichtet werden soll.

Ferner würde durch eine solche Lösung letztlich das Versicherungsrisiko begrenzt, was im Interesse der Arbeitslosenversicherung liegt.¹ Nach der Intention der Arbeitslosenversicherung sollen durch Arbeitslosen- und Kurzarbeitergeld arbeitsmarktmäßige Risiken abgedeckt werden, zu denen eine Lohnverweigerung nach der Betriebsrisikolehre typischerweise nicht zählt. Decken sich die Voraussetzungen des Lohnverweigerungsrechts mit denen des § 116 III AFG, hat der Arbeitgeber nur dann ein Lohnverweigerungsrecht, wenn gleichzeitig die Arbeitslosenversicherung keine Leistungen erbringen dürfte. Würde man dem Arbeitgeber dagegen ein Lohnverweigerungsrecht einräumen, auch wenn der Anspruch auf Arbeitslosen- oder Kurzarbeitergeld nicht ruht, hätte dies zur Folge, daß eine Unterstützung der betroffenen Arbeitnehmer durch die kampfführende Gewerkschaft überflüssig wäre. Das Arbeitskampfrisiko der Arbeitnehmerseite würde zum Teil auf die Arbeitslosenversicherung abgewälzt. Dies wird vermieden, wenn man die Betriebsrisikolehre mit Hilfe des § 116 III AFG konkretisiert. Faktisch würde bei einer solchen sozialversicherungsrechtlichen Lösung der Anwendungsbereich des § 116 III AFG auf die Fälle des Lohnverweigerungsrechts beschränkt. Der

1 Vgl. Jülicher, DB 1973, 720 (721); Kreuzer, a.a.O., S. 33 ff.

Arbeitgeber wird in der Regel keine Kurzarbeit einführen oder Arbeitnehmer entlassen, wenn er die einfachere Möglichkeit hat, die Lohnfortzahlung nach der Betriebsrisikolehre zu verweigern.

Ferner ist zu beachten, daß die besondere arbeitskampfrechtliche Relevanz des Lohnverweigerungsrechts nach der Betriebsrisikolehre verloren geht, wenn der Arbeitnehmer gleichzeitig Leistungen der Arbeitslosenversicherung erhalten würde. Das Lohnverweigerungsrecht ist zwar kein Arbeitskampfmittel wie die Aussperrung, erfüllt aber gleichwohl eine arbeitskampfrechtliche Funktion in Form einer defensiven Durchhaltetaktik gegenüber dem Streik. Bestände ein Lohnverweigerungsrecht auch in den Fällen, in denen der Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung gem. § 116 III AFG nicht ruht, würde das Lohnverweigerungsrecht seine besondere arbeitskampfrechtliche Relevanz verlieren. Das Lohnverweigerungsrecht würde ebenso wie die Aussperrung an Wirkung einbüßen, wenn gleichzeitig Arbeitslosen- oder Kurzarbeitergeld gewährt werden würde. Folgt man dem bereits oben erörterten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, daß im Arbeitskampf nur solche Maßnahmen ergriffen werden dürfen, die geeignet sind, den erforderlichen Druck auf den sozialen Gegenspieler auszuüben,¹ so spricht auch von daher vieles für eine sozialversicherungsrechtliche Lösung.

Zu beachten ist bei einer solchen Lösung aber, daß die Arbeitslosenversicherung eine Schadensversicherung mit

¹ Vgl. Kreuzer, a.a.O., S. 67 im Zusammenhang mit der Leistungsgewährung bei der Aussperrung.

einer sozialversicherungsrechtlichen Komponente ist und Ansprüche nach dem Willen des Gesetzgebers gem. § 116 III AFG nur in Ausnahmefällen ruhen sollen. Dementsprechend würde auch ein Lohnverweigerungsrecht nur in Ausnahmefällen bestehen. Da es bei der Betriebsrisikolehre aber nicht zwingend auf eine Kampfparität, so wie sie in § 116 III AFG ihren Ausdruck gefunden hat, ankommt, muß eine sozialversicherungsrechtliche Lösung stets darauf kontrolliert werden, daß dadurch die Arbeitgeberseite in keine Situation gebracht wird, an der die Grenze des zulässigen Kampftrisikos erreicht ist. In Ausnahmefällen kann daher ein Lohnverweigerungsrecht auch dann zulässig sein, wenn die §§ 70, 116 III AFG einer Gewährung von Arbeitslosen- oder Kurzarbeitergeld nicht entgegenstehen.

6. Ergebnis

Bei der Lösung der Betriebsrisikofälle ist in der Hauptsache vom Grundsatz der Kampfparität auszugehen. Maßgebend ist, ob es im Rahmen der Kampfparität erforderlich ist, dem Arbeitgeber ein Lohnverweigerungsrecht nach Betriebsrisikogrundsätzen zuzubilligen. Damit rückt die Betriebsrisikoproblematik in die Nähe der suspendierenden Abwehraussperrung. In beiden Fällen ist der Arbeitgeber in der Lage, einen Lohnverlust herbeizuführen. Er kann damit Druck auf die Arbeitnehmerseite ausüben. Deshalb muß eine Lohnverweigerung nach der Betriebsrisikolehre zumindest teilweise den gleichen Voraussetzungen unterliegen wie eine suspendierende Abwehraussperrung.

Soweit ein Aussperrungsrecht nicht besteht, sprechen Gründe dafür, sich bei einer Lösung auch an § 116 III AFG zu orientieren. Erlaubt § 116 III AFG eine Gewährung von Arbeitslosen- und Kurzarbeitergeld, erscheint es fraglich, ob ein Lohnverweigerungsrecht zulässig ist. Geht man in diesen Fällen von der Zulässigkeit eines Lohnverweigerungsrechts aus, würde das Arbeitskampfrisiko zum Teil auf die Arbeitslosenversicherung abgewälzt. Aufgabe der Arbeitslosenversicherung ist es aber grundsätzlich, arbeitsmarktmäßige Risiken abzudecken, die durch Kurzarbeit oder Arbeitslosigkeit entstehen.

D. DIE SCHLUSSFOLGERUNGEN AUS DEM GEFUNDENEN ERGEBNIS

Die nun folgenden Ausführungen sollen zeigen, daß sich auf der Grundlage der für maßgebend erkannten Kriterien sachgerechte Ergebnisse erzielen lassen.

I. Die bei der Betriebsrisikoverteilung im wesentlichen auftretenden Fallgruppen

Zur Veranschaulichung der Problemlösung im einzelnen sollen die am häufigsten auftretenden Fallgruppen vorangestellt werden.

- Fall a) Die Gewerkschaft bestreikt eine Betriebsabteilung mit der Folge, daß die arbeitswilligen Arbeitnehmer dieses Betriebs nicht beschäftigt werden können (Teilstreik).
- Fall b) Die Gewerkschaft bestreikt einen oder mehrere Betriebe mit der Folge, daß Drittbetriebe im räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags stillgelegt werden müssen (regionaler Schwerpunktstreik).
- Fall c) Der Arbeitskampf betrifft Drittbetriebe, die zwar im fachlichen, nicht aber räumlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags liegen. In diesen Tarifbezirken stehen Tarifverhandlungen unmittelbar bevor oder finden bereits statt. Der fachlich zuständige Gewerkschaftsverband will in diesen Tarifbezirken nach Art und Umfang gleichartige Tarifbedingungen durchsetzen wie in dem Kampfbezirk (überregionaler Schwerpunktstreik).
- Fall d) In einem großen Tarifbezirk A findet ein Arbeitskampf statt. Im Tarifbezirk B, in dem erst nach drei Monaten Tarifverhandlungen anstehen, kommt es zu Betriebsstörungen. Alle Beteiligten rechnen damit, daß man sich im Tarifbezirk B nach Ablauf des Tarifvertrags an den Lohnerhöhungen im Tarifbezirk A orientieren wird (Tarifvertrag mit Signalwirkung).
- Fall e) In einem Betrieb streiken die Arbeitnehmer einer kleinen Betriebsabteilung, die aufgrund ihrer spezialisierten Tätigkeit einer besonderen tariflichen Vereinbarung unterliegen. Dadurch kommt es zu Betriebsstörungen in anderen Abteilungen mit Arbeitnehmern, für die dieselbe Gewerkschaft fachlich und räumlich zuständig ist.

- Fall f) Die Gewerkschaft bestreikt einen einzelnen Betrieb, der einem Arbeitgeberverband angehört, dessen satzungsmäßige Aufgabe es ist, Verbandstarifverträge abzuschließen. Dadurch kommt es im gesamten Tarifbezirk zu Betriebsstörungen.
- Fall g) Die Gewerkschaft ruft einen Streik aus, obwohl der zur Zeit gültige Tarifvertrag noch nicht abgelaufen ist. Dadurch kommt es zu Betriebsstörungen.
- Fall h) Da die Inflationsrate übermäßig hoch gestiegen ist, verlangen die Arbeitnehmer eines Betriebs ohne Einschaltung der Gewerkschaft Lohnerhöhungen. Sie treten in den Ausstand, wodurch eine Betriebsstörung entsteht.
- Fall i) Nach Ablauf des Tarifvertrags nimmt die Gewerkschaft keine Tarifverhandlungen auf. Der Arbeitgeber will die Löhne herabsetzen und möchte dies mit Hilfe einer Aussper- rung oder Massenänderungskündigung erzwingen. Aufgrunddessen kommt es zu Betriebsstörungen.
- Fall k) Ein Betrieb A liefert sämtliche Produkte an einen Betrieb B, der bestreikt wird. Daraufhin hält der Arbeitgeber im Betrieb A eine Weiterproduktion für sinnlos und stellt den Betrieb vorübergehend ein.
- Fall l) In einem Betrieb hat ein Streik stattgefunden. Nach Beendigung des Streiks kann der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer nicht sofort wieder beschäftigen, da erst einige Betriebsanlagen in Gang gesetzt werden müssen.
- Fall m) Ein Arbeitgeber "verleibt" seine Arbeitnehmer vornehmlich an dritte Betriebe. In einem solchen Betrieb kommt es aufgrund eines Arbeitskamps zur Betriebsstillegung. Der Arbeitgeber ist nicht in der Lage, seine Arbeitnehmer in einem anderen Betrieb zu beschäftigen.

II. Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen im Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags

Da Aussperrungs- und Lohnverweigerungsrecht wenigstens teilweise konform gehen, ist zu klären, gegenüber welchen arbeitswilligen Arbeitnehmern ein Aussperrungsrecht zulässig ist.

1. Das Aussperrungsrecht gegenüber organisierten Arbeitnehmern

Der Arbeitgeber kann grundsätzlich die Arbeitnehmer aussperren, die unter den räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fallen, auch wenn sie arbeitswillig sind.¹ Kämpft die Gewerkschaft somit um einen Firmentarifvertrag (Fall a) oder in einem Tarifbezirk um einen Verbandstarifvertrag (Fall b), kann der Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern den Lohn verweigern, auf deren Arbeitsverhältnisse der Tarifvertrag gem. § 4 I TVG einwirkt.

2. Das Aussperrungsrecht gegenüber Außenseitern

Nach h.M. können auch Außenseiter ausgesperrt werden, sofern sie bei Gewerkschaftszugehörigkeit unter den räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des

1 Siehe oben C. II. 5. c (1).

unknüpften Tarifvertrags fallen würden.¹ Die Zulässigkeit der Einbeziehung von Außenseitern in die Aussperrung ergibt sich schon daraus, daß man ihnen umgekehrt auch ein Streikrecht einräumt.² Ohne eine Ausdehnung des Aussperrungs- bzw. Lohnverweigerungsrechts auf diese Arbeitnehmergruppe wäre der Grundsatz der Kampfparität verletzt. Zwar besteht für die Gewerkschaft keine rechtliche Verpflichtung, an Nichtorganisierte Unterstützungen zu zahlen, wenn diese am Arbeitskampf teilnehmen.³ Eine Belastung des Streikfonds wird somit durch die Einbeziehung von Außenseitern in die Aussperrung zunächst nicht erreicht. Man darf eine Kampfmaßnahme aber nicht nur unter dem Gesichtspunkt sehen, daß dem Gegner Schaden zugefügt wird. Vielmehr geht es auch darum, den eigenen Schaden möglichst gering zu halten.⁴ Da der überwiegende Teil der Arbeitnehmer nicht organisiert ist, wäre jeder Streik für die Arbeitgeberseite sehr teuer, wenn sie nicht auch die Außenseiter in den Kampf einbeziehen könnte.

Für eine Einbeziehung der Außenseiter spricht auch, daß diese faktisch den Organisierten gleichgestellt sind. Fast ausnahmslos wenden die Arbeitgeber auch auf die Nichtorganisierten den Tarifvertrag an, um zu verhindern, daß diese sich der Gewerkschaft anschließen und so deren Schlag-

1 BAGE 14, 52 (56); 20, 175 (195); 23, 292 (309 f); Wiedemann, RdA 1969, 321 (325); a.A. van Gelder-Leinemann, AuR 1970, 1 (6 f), die auch Außenseitern kein Streikrecht einräumen; Richardi, RdA 1970, 65 (70).

2 Vgl. Richardi, RdA 1971, 334 (338).

3 Ein Rechtsanspruch auf Streikunterstützung besteht allenfalls für organisierte Arbeitnehmer. Vgl. oben A. I.; sowie Radke, RdA 1973, 14 (21).

4 Seiter, a.a.O., S. 347.

kraft erhöhen. Mitunter enthalten die Arbeitsverträge Gleichstellungsabreden, so daß sogar eine rechtliche Verpflichtung zur Gleichbehandlung besteht. Unabhängig davon kann ein Tarifvertrag für einen Außenseiter gelten, wenn er gem. § 5 IV TVG für allgemein verbindlich erklärt wird. Letztlich ist zu beachten, daß nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Ausschlußklauseln für Außenseiter unzulässig sind.¹ Da Organisierte und Nichtorganisierte somit faktisch gleichgestellt sind, ist kein Grund ersichtlich, weshalb nur die Gewerkschaftsangehörigen die Nachteile eines Arbeitskampfs in Kauf nehmen sollen.² Mithin besteht gegenüber Außenseitern im gleichen Umfang ein Aussperrungsrecht wie gegenüber Organisierten.

3. Das Lohnverweigerungsrecht gegenüber Organisierten und Außenseitern

Kann der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer aussperrern, so hat er als weniger einschneidende Maßnahme die Möglichkeit, die Lohnfortzahlung nach der Betriebsrisikolehre zu

1 BAGE 20, 175 (210 ff); kritisch dazu Söllner, Arbeitsrecht, S. 61 f m.w.N.

2 Wiedemann, RdA 1969, 321 (333); Seiter, a.a.O., S. 345.

verweigern. Auch dabei kommt es nicht darauf an, ob die Arbeitnehmer organisiert sind oder nicht.¹ Dieses Ergebnis wird bestätigt, wenn man auf die Wertung des § 116 III Satz 1 Nr. 1 AFG zurückgreift. Diese Norm trifft keine Unterscheidung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit.² Maßgebend ist die Zugehörigkeit zu dem Betrieb, in dem um eine Änderung der Arbeitsbedingungen gekämpft wird. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll für eine Verweigerung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung ausschlaggebend sein, daß die Arbeitnehmer wirtschaftlich am Arbeitskampf beteiligt sind.³ Da Organisierte und Nichtorganisierte faktisch gleichgestellt sind, hat die Arbeitslosenversicherung sie auch hinsichtlich der Gewährung von Arbeitslosen- oder Kurzarbeitergeld gleichzubehandeln. Die Intention des Gesetzgebers findet ebenfalls in den §§ 2 und 3 der Neutralitätsanordnung der BfA vom 3. April 1973,⁴ die in Ausführung des § 116 III Satz 2 AFG ergangen ist, ihre Bestätigung. Die Neutralitätsanordnung ist eine autonome Satzung und somit nicht nur verwaltungsintern verbindlich.⁵ Das geht daraus hervor, daß die Anordnung der Genehmigung des zuständigen

1 So im Ergebnis BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 2); Seiter, a.a.O., S. 344 - 347; a.A. Jorns, a.a.O., S. 156; Biedenkopf, Die Betriebsrisikolehre, S. 21 ff.

2 Kreuzer, a.a.O., S. 90 - 93; Schwerdtfeger, a.a.O., S. 52; Löwisch, RdA 1972, 73 (76); Jülicher, DB 1973, 720 (722); Radke, RdA 1973, 14 (15).

3 Bericht des 19. Ausschusses, zu BT-Drs. V/4410, S. 20.

4 Abgedruckt in: Amtl. Nachr. d. BfA 1973, 365.

5 Schwerdtfeger, a.a.O., S. 43; Jülicher, DB 1973, 770 (771); Wertenbruch-Meier, SGB 1973, 297 (306); Säcker, a.a.O., S. 91; zweifelnd Ehmann, DB 1973, 1946 (1949, Fn. 32); a.A. Löwisch, RdA 1972, 70 (76); ders., RdA 1973, 22 (25); Krebs, § 116, Rdn. 14; danach hat die Neutralitätsanordnung nur verwaltungsinterne Verbindlichkeit.

Ministers nach § 191 IV AFG bedarf. ¹ Genehmigungsbedürftig sind nach § 191 IV AFG im Gegensatz zu § 191 III AFG nur Anordnungen als Satzungen. ²

Die §§ 2 und 3 der Neutralitätsanordnung gehen von einer Betriebsstörung aus, die durch einen Teil- oder regionalen Schwerpunktstreik verursacht worden ist (Fall a und b). ³ Voraussetzung für die Versagung von Leistungen ist, daß der Arbeitskampf um Arbeitsbedingungen geführt wird, die für den mittelbar betroffenen Arbeitnehmer zuletzt gegolten haben oder angewendet worden sind. Durch die Worte "angewendet worden sind" ist sichergestellt, daß auch die Nichtorganisierten von der Regelung des § 116 III Satz 1 Nr. 1 AFG erfaßt werden sollen.

Trifft somit die Arbeitslosenversicherung keine Unterscheidung zwischen Außenseitern und Organisierten, liegt es auch von daher nahe, beim Lohnverweigerungsrecht ebenso zu verfahren.

1 Vgl. Bericht des 19. Ausschusses, zu BT-Drs. V/4410. § 105 III, S. 20.

2 Weber-Paul, § 191, Anm. 5 ff.

3 Schwerdtfeger, a.a.O., S. 94.

III. Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen außerhalb des Geltungsbereichs des umkämpften Tarifvertrags

1. Das Lohnverweigerungsrecht gegenüber Arbeitswilligen beim überregionalen Schwerpunktstreik

Beim überregionalen Schwerpunktstreik, bei dem in einem Tarifbezirk um einen Tarifvertrag gekämpft wird, dessen Normen Modellcharakter für weitere Tarifverträge haben soll, (Fall c), ¹ ist die Frage nach dem Lohnfortzahlungsanspruch schwieriger als in den vorhergehenden Fällen zu beantworten. Der Arbeitnehmer fällt zwar unter den fachlichen und persönlichen, nicht aber räumlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags.

Ein solcher überregionaler Schwerpunktstreik ist zunächst von einem Arbeitskampf um einen Tarifvertrag abzugrenzen, dessen Normen lediglich Signalwirkung für andere Tarifvereinbarungen zukommt (Fall d). Voraussetzung für einen überregionalen Schwerpunktarbeitskampf ist ein enger organisatorischer Zusammenhang in taktischer Hinsicht zwischen den verschiedenen Gewerkschaftsverbänden. Ein solcher Zusammenhang liegt vor, wenn die Auswirkung des Arbeitskampfes das Ergebnis eines in Einzelheiten von mehreren Gewerkschaftsverbänden ausgearbeiteten Konzepts ist. Er fehlt jedoch, wenn die kampfführende Gewerkschaft lediglich die vom Dachverband aufgestellten Lohnrichtlinien befolgt und insoweit an allgemeinen Absprachen teilgenommen

1 Vgl. grundsätzlich zum Modellcharakter: ArbG Kassel, DB 1972, 1121 ff; Löwisch, RdA 1972, 73 (76 ff); ders., RdA 1973, 22 (23 f); Jülicher, DB 1973, 720 (722 ff); 770; Weber, RdA 1972, 80 (83); Radke, RdA 1973, 14 (20).

hat. In diesem Fall werden durch den Arbeitskampf lediglich Mechanismen in Gang gesetzt, die generell zur Hebung des Lohnniveaus führen können.¹

Weitere Voraussetzung für einen überregionalen Schwerpunkstreik ist, daß die Normen der unterschiedlichen, noch abzuschließenden Tarifverträge im wesentlichen gleichartig sind. In diesem Sinn könnte man Lohnerhöhungen von 7 % und 7,5 % noch als gleichartig betrachten.²

Ferner ist erforderlich, daß in den verschiedenen Tarifbezirken gleichzeitig Verhandlungen stattfinden oder unmittelbar bevorstehen. Liegt zwischen den Tarifverhandlungen in den verschiedenen Bezirken ein größerer Zeitraum, ist nicht gewährleistet, daß die Bedingungen des erkämpften Tarifvertrags später in andere Tarifverträge übernommen werden.³

Ein Indiz für den Modellcharakter eines Tarifvertrags ist, daß die verschiedenen Betriebe der gleichen Branche angehören. Hier liegen in der Regel die gleichen Wirtschaftsbedingungen vor, was sich auch in den Tarifverträgen widerspiegeln wird.⁴

1 Schwerdtfeger, a.a.O., S. 50.

2 Vgl. Schwerdtfeger, a.a.O., S. 98; Säcker, Gruppenparität, S. 91 ff.

3 Vgl. Jülicher, DB 1973, 770; Weber-Paul, § 116, Anm. 8.

4 Vgl. Schwerdtfeger, a.a.O., S. 50.

Liegen die soeben aufgeführten Merkmale vor, kann davon ausgegangen werden, daß die umkämpften Arbeitsbedingungen mit Gewißheit den mittelbar betroffenen Arbeitnehmern der entsprechenden Betriebe zugute kommen. Da diese Arbeitnehmer aber nicht unter den räumlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fallen, fragt sich zunächst, ob hier eine Sympathieaussperrung und von daher auch ein Lohnverweigerungsrecht nach der Betriebsrisikolehre zulässig ist.

Der Sympathiearbeitskampf unterscheidet sich in der Zielsetzung vom üblichen Arbeitskampf. Er dient nicht der Durchführung eigener tariflicher Ziele, sondern der Unterstützung eines Hauptarbeitskampfs. Er richtet sich gegen einen Gegner, der nicht Tarifpartner ist und somit das Kampfziel nicht erfüllen kann. Charakteristisch ist, daß Betroffener und Adressat auseinanderfallen.¹

¹ Vgl. Döhner, Der Sympathiearbeitskampf, S. 24; Brox-Rüthers, a.a.O., S. 127; Rüthers, BB 1964, 312 (314); Seiter, a.a.O., S. 505. Dagegen stellen Hueck-Nipperdey-Säcker, II, 2. Halbbd., S. 898, Fn. 19 i nicht auf den Forderungsadressaten ab.

Die h.M. hält den Sympathiearbeitskampf grundsätzlich für zulässig.¹ Danach kommt es wegen der akzessorischen Natur des Sympathiearbeitskampfes bei der Rechtmäßigkeitsprüfung nur auf die Rechtmäßigkeit des Hauptarbeitskampfes an.² Indes stößt zumindest die uneingeschränkte Zulässigkeit von Sympathiekampfmaßnahmen auf Bedenken. Die Tarifautonomie legitimiert nicht zum uneingeschränkten Sozialkampf.³ Der Kampfgegner muß in der Lage sein, die erhobene Forderung potentiell zu erfüllen. Der vom Sympathiearbeitskampf primär Betroffene kann aber höchstens bei dem Sozialpartner im Hauptarbeitskampf darauf einwirken, daß die Forderung bewilligt wird. Eine von Brox und Rütters vertretene Ansicht weist mit guten Argumenten darauf hin, daß jedem Tarifkonflikt aus Gründen der Verhältnismäßigkeit enge Schranken gesetzt werden müssen.⁴ Beide Autoren meinen zutreffend, daß der gesamtwirtschaftliche Schaden eines Arbeitskampfes, der durch einen Sympathiearbeitskampf nur vergrößert werden würde, möglichst gering gehalten werden müsse. Das Tarifvertragsgesetz kenne hinsichtlich eines Tarifvertrags Geltungsschranken in räumlicher und

1 RGZ 132, 249 ff; Hartje, Der Sympathiearbeitskampf, S. 219 ff; Haupt, Begriff, Erscheinungsform, Rechtsnatur und Grenzen der Zulässigkeit des Sympathiearbeitskampfes S. 61 ff; Geib, Begriff, Formen und Zulässigkeit des Sympathiearbeitskampfes, S. 100 ff; Hohenester, Die Grenzen der Streikfreiheit, S. 104; Siebrecht, a.a.O., S. 58; Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 1009; Nikisch II, S. 130; Bobrowski-Gaul, S. 559; Seiter, a.a.O., S. 502 ff; Stadler, BB 1967, 719 ff.

2 So Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 1009, Fn. 33.

3 Evers, a.a.O., S. 78.

4 Brox-Rütters, a.a.O., S. 127; Rütters, BB 1964, 312 (314).

fachlicher Hinsicht. Arbeitskämpfe seien daher auch nur in diesem Umfang rechtmäßig.¹

Aus dieser Sicht besteht bei einem überregionalen Schwerpunktstreik keine Aussperrungsmöglichkeit, wenn der mittelbar betroffene Arbeitnehmer nicht unter den räumlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fällt. Der Arbeitgeber hat erst dann ein Aussperrungsrecht, wenn die Friedenspflicht auch in den anderen Tarifgebieten abgelauten ist und die Gewerkschaft den Arbeitskampf dort mit einem Streik eröffnet hat.²

Lehnt man im Fall c ein Aussperrungsrecht ab, wird aber wenigstens ein schlichtes Lohnverweigerungsrecht nach Betriebsrisikogrundsätzen zulässig sein müssen. Beim überregionalen Schwerpunktstreik liegt es oftmals im Rahmen der Kampfstrategie der Gewerkschaft, Produktionsstockungen in Drittbetrieben herbeizuführen, die nicht unter den räumlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fallen. Die Arbeitnehmerseite will auch in anderen Tarifbezirken Druck auf die Arbeitgeber ausüben um sicherzustellen, daß diese den umkämpften Tarifvertrag übernehmen.³ Insoweit ist die Situation vergleichbar mit einem regionalen Schwerpunktstreik, bei dem nur auf die Arbeitgeber

1 Vgl. auch Nitsche, a.a.O., S. 146 ff.

2 In einem solchen Fall könnte man allerdings erwägen, auch eine Angriffsaussperrung für zulässig zu erachten. Vgl. grundsätzlich zur Zulässigkeit der Angriffsaussperrung unten D X. 2.

3 Vgl. zur Zulässigkeit solcher Streikformen Seiter, a.a.O., S. 325, 541.

in einem Tarifbezirk Druck ausgeübt wird. Bestände in diesen Fällen kein Lohnverweigerungsrecht, wäre eine gleichgewichtige Tarifauseinandersetzung nicht mehr gewährleistet. Den Arbeitgebern muß auch beim überregionalen Schwerpunktstreik eine Möglichkeit eingeräumt werden, wenigstens defensiv den Arbeitskampf durchzustehen. Ohne eine solche Möglichkeit würden die mittelbar betroffenen Arbeitgeber ihren Verband bedrängen, den Arbeitskampf, der letztlich auch um die Arbeitsbedingungen in ihrem Betrieb geführt wird, abubrechen. Von daher ist beim überregionalen Schwerpunktstreik ein Lohnverweigerungsrecht nach der Betriebsrisikolehre ebenso erforderlich wie beim regionalen.

Eine solche Lösung wird auch unter Zugrundelegung der Wertung des § 116 III Satz 1 AFG erzielt. Nach Löwisch ist § 116 III Satz 1 Nr. 1 AFG stets dann einschlägig, wenn der mittelbar betroffene Arbeitnehmer unter den fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fällt.¹ Das Bundessozialgericht wendet beim überregionalen Schwerpunktstreik § 116 III Satz 1 Nr. 1 AFG analog an.² Es meint, von einem "Abzielen" i.S.d. § 116 III Satz 1 Nr. 1 AFG könne nicht mehr gesprochen werden, wenn der umkämpfte Tarifvertrag nicht unmittelbar für die Arbeitswilligen gelte oder angewandt werde.³ Sei es jedoch Kampfziel der Gewerkschaft, daß die

¹ Löwisch, RdA 1972, 73 (76).

² BSG SAE 1976, 237 (243).

³ Vgl. zum finalen Charakter des Begriffs "Abzielen" auch Schwerdtfeger, a.a.O., S. 50.

umkämpfte Regelung auch in anderen Tarifbezirken übernommen werde und sei dies mit Sicherheit zu erwarten, entspreche die Situation in den verschiedenen Tarifgebieten der eines regionalen Schwerpunkstreiks. In einem solchen Fall sei § 116 III Satz 1 Nr. 1 AFG entsprechend anzuwenden.

Das gleiche Ergebnis wird erzielt, wenn man mit einer dritten Ansicht § 116 III Satz 1 Nr. 2 AFG anwendet.¹ Diese Meinung bejaht zu Recht beim überregionalen Schwerpunkstreik eine paritätswidrige Beeinflussung des Arbeitskampfs, wenn Leistungen der Arbeitslosenversicherung gewährt werden würden. Diese Leistungen würden die Streikkasse der Gewerkschaft schonen, was dieser bei den Tarifverhandlungen in den anderen Tarifbezirken zugute kommt. Bei § 116 III Satz 1 Nr. 2 AFG ist ebenso wie bei Nr. 1 maßgebend, daß die mittelbar betroffenen Arbeitnehmer faktisch in den Genuß der umkämpften Lohnerhöhung kommen.² Insoweit besteht kein Unterschied zwischen einem regionalen und überregionalen Schwerpunkstreik.³ Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, daß mit der gleichen Argumentation

1 Jülicher, DB 1973, 770; Schwerdtfeger, a.a.O., S. 55 f; Weber-Paul, § 116, Anm. 8; wohl auch Kreuzer, a.a.O., S. 96 f; a.A. Möller-Lücking, SozSich 1972, 13 f; Radke, RdA 1973, 14 (27); Muhr, RdA 1973, 9 (12).

2 Jülicher, DB 1973, 720 (723); Weber, RdA 1972, 80 (83); Sacker, Gruppenparität, S. 80 ff; a.A. Kreuzer, a.a.O., S. 56 sowie die dort in Fn. 74 genannten, die lediglich auf das Kriterium "beeinflussen" abstellen, damit aber zum gleichen Ergebnis kommen.

3 Möller-Lücking, SozSich 1972, 13 f; Radke, RdA 1973, 14 (19 ff); Muhr, RdA 1973, 9 (12 f) verkennen die Ähnlichkeit zwischen regionalem und überregionalem Schwerpunkstreik, wenn sie nur formell auf den Geltungsbereich des Tarifvertrags abstellen.

von der Teilhabe am Kampfergebnis nicht nur das Ruhen der Leistungen der Arbeitslosenversicherung begründet wird, sondern von einem beachtlichen Teil der Literatur auch ein Lohnverweigerungsrecht im Zusammenhang mit der Sympathieaussperrung.¹

Schließlich spricht für ein Ruhen der Leistungen der Arbeitslosenversicherung und damit auch für ein Lohnverweigerungsrecht § 4 der Neutralitätsanordnung der Bundesanstalt für Arbeit. Nach dieser Vorschrift ruht der Anspruch auf Leistungen, wenn, wie beim überregionalen Schwerpunkstreik,² der Arbeitskampf auf die Änderung von Arbeitsbedingungen eines Tarifvertrags gerichtet ist und der Betrieb, in dem der Arbeitslose zuletzt beschäftigt war, zwar nicht dem räumlichen, aber dem fachlichen Geltungsbereich des in Frage kommenden Tarifvertrags zuzuordnen ist und die Gewerkschaften für den Tarifvertragsbereich des arbeitslosen, nicht beteiligten Arbeitnehmers nach Art und Umfang gleiche Forderungen wie für den am Arbeitskampf beteiligten Arbeitnehmer erhoben haben und mit dem Arbeitskampf nach Art und Umfang gleiche Arbeitsbedingungen durchsetzen wollen.

1 Löwisch, RdA 1962, 314 f; Bulla, Festschrift für Molitor, S. 293 (299 ff); Haupt, a.a.O., S. 144; Söllner, Arbeitsrecht, S. 90; Ballerstedt, AuR 1966, 225 (235); Stadler, BB 1967, 719 (721); Geib, a.a.O., S. 124; Gerhard Müller, AuR 1972, 1 (8); Hanau-Adomeit, a.a.O., S. 74; Siebrecht, a.a.O., S. 57 ff; Hartje, a.a.O., S. 219 ff; Löwisch-Krauß, AR-Blattei, Arbeitskampf III, B II, 1 c aa; Seiter, a.a.O., S. 506 - 537.

2 Vgl. Schwerdtfeger, a.a.O., S. 95 f.

Nach alledem ist es einhellige Auffassung, daß beim überregionalen Schwerpunktstreik Leistungen der Arbeitslosenversicherung eine paritätswidrige Beeinflussung des Arbeitskampfs bedeuten würden. Folglich besteht in diesen Fällen auch ein Bedürfnis für ein kampfrechtsähnliches Lohnverweigerungsrecht. Der Arbeitgeber könnte zwar auch mit der Einführung von Kurzarbeit einen Lohnverlust herbeiführen, ohne daß Kurzarbeitergeld gem. § 116 III Satz 1 AFG gewährt werden dürfte. Diese Möglichkeit kann aber ein Lohnverweigerungsrecht nicht überflüssig machen.¹

2. Die Bedeutung der Signalwirkung eines Tarifvertrags für ein Lohnverweigerungsrecht gegenüber arbeitswilligen Arbeitnehmern

Jeder Arbeitskampf kann Auswirkungen auf andere Betriebe und Arbeitnehmer haben, die nicht unter den räumlichen oder fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fallen, ohne daß die Voraussetzungen für einen überregionalen Schwerpunktarbeitskampf vorliegen. Der umkämpfte Tarifvertrag kann Signalwirkung für dritte Tarifverträge haben (Fall d). Es fragt sich nunmehr, ob allein schon eine solche Signalwirkung ein Lohnverweigerungsrecht rechtfertigen kann.

1 Siehe oben C. II. 5. c) aa) (2).

a) Die Grenzen des Anwendungsbereichs des

§ 116 III Satz 1 AFG

§ 116 III Satz 1 Nr. 1 AFG läßt in diesem Fall keinen Schluß auf ein Lohnverweigerungsrecht zu, da die Arbeitnehmer einen Anspruch auf Leistungen haben. Löwisch will zwar § 116 III Satz 1 Nr. 1 AFG immer anwenden, wenn der Arbeitnehmer unter den fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fällt.¹ Das Wort "abzielen" in dieser Vorschrift hat jedoch einen finalen Sinn und setzt voraus, daß die kampfführende Gewerkschaft davon ausgeht, daß die umkämpften Arbeitsbedingungen in dem betroffenen Betrieb mit Sicherheit angewandt werden.² Hat ein Tarifvertrag aber lediglich Signalwirkung, sind die Parteien in den anderen Tarifbezirken nicht gehalten, einen gleichartigen Tarifvertrag abzuschließen. Ebensowenig kommt mit der Ansicht des Bundessozialgerichts eine analoge Anwendung des § 116 III Satz 1 Nr. 1 AFG in Betracht,³ weil dieser Fall nicht mit einem Schwerpunktstreik zu vergleichen ist.

Findet § 116 III Satz 1 Nr. 1 AFG somit bei der hier interessierenden Fallgruppe keine Anwendung, bleibt zu erörtern, ob die Nr. 2 der vorgenannten Norm einschlägig ist. Danach darf die Gewährung von Leistungen den Arbeits-

1 Löwisch, RdA 1972, 73 (76).

2 Jülicher, DB 1973, 770; Weber, RdA 1972, 80 (83); Weber-Paul, § 116, Anm. 8, vgl. auch Schwerdtfeger, a.a.O., S. 50.

3 BSG SAE 1976, 237 (243).

kampf nicht paritätswidrig beeinflussen. Streng genommen hat jede Leistung der Arbeitslosenversicherung Auswirkungen auf den Verlauf eines Arbeitskamps. Soweit die arbeitswilligen Arbeitnehmer Arbeitslosen- oder Kurzarbeitergeld erhalten, braucht die kampfführende Gewerkschaft auf diese während des Arbeitskamps keine Rücksicht zu nehmen.¹

Nach dem Willen des Gesetzgeber sollen die Ansprüche der Arbeitnehmer, die nicht unter den Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fallen, aber nur in Ausnahmefällen ruhen.² Ist zu erwarten, daß einem Tarifvertrag Signalwirkung für andere Tarifverträge zukommt, hat ein mittelbar betroffener Arbeitnehmer zwar oftmals ein Interesse am Ausgang des Arbeitskamps, weil er sich eine Steigerung des allgemeinen Lohnniveaus erhofft. Es ist jedoch nicht sicher, ob der Arbeitnehmer wie beim Schwerpunktstreik zumindest faktisch in den Genuß der erkämpften Lohnerhöhung kommt. Versagt man aber einem Arbeitnehmer schon bei einem bloßen Interesse am Ausgang des Arbeitskamps Arbeitslosen- oder Kurzarbeitergeld, wäre das Ruhen der Leistungen die Regel, nicht aber die Ausnahme. Der Sinn und Zweck der Arbeitslosenversicherung als Schadensversicherung könnte nicht erfüllt werden, wenn allein schon

1 Vgl. Jülicher, DB 1973, 720 (723); Schwerdtfeger, a.a.O., S. 54. Wegen des unbestimmten Wortlauts des § 116 III Satz 1 Nr. 2 AFG wird diese Norm von einer Mindermeinung für verfassungswidrig gehalten (vgl. H. Bogs, VSSR 1973, 126 (156 f); Wertenbruch-Meier, SGB 1973, 297 (306)). Dagegen mit überzeugenden Gründen Schwerdtfeger, a.a.O., S. 77 ff. Nach Radke, RdA 1973, 14 (23) hat § 116 III Satz 1 Nr. 2 AFG überhaupt keine Regelungsbedeutung.

2 Bericht des 19. Ausschusses, zu BT-Drs. V/4110, § 105, S. 19 f.

bei einem schlichten Interesse am Ausgang des Arbeitskamps keine Leistungen gewährt werden dürften. Erlaubt die Rechtsordnung den Arbeitskampf und nimmt sie deshalb auch wirtschaftliche Einbußen in Kauf, müssen diese Nachteile ebenso wie die anderer unabwendbarer Ereignisse grundsätzlich durch die Arbeitslosenversicherung aufgefangen werden. Die Kampfparität ist durch die Gewährung von Leistungen erst dann beeinträchtigt, wenn dadurch spürbare Rückwirkungen auf den Verlauf des Arbeitskamps sichtbar werden.¹

b) Die Erforderlichkeit des Lohnverweigerungsrechts
im Rahmen der Kampfparität

Desgleichen besteht nur gegenüber den Arbeitnehmern ein Aussperrungs- oder wenigstens ein Lohnverweigerungsrecht, die unter den Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fallen oder bei Tarifgebundenheit fallen würden, oder die mit Sicherheit von den umkämpften Arbeitsbedingungen profitieren (Fall c). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fordert, daß nur der Arbeitgeber im Wege einer Aussperrung oder Lohnverweigerung nach der Betriebsrisikolehre Druck auf den sozialen Gegenspieler ausüben darf, der oder dessen Verband mit der zuständigen Gewerkschaft um den Abschluß eines Tarifvertrags kämpft. Hat der umkämpfte Tarifvertrag lediglich Signalwirkung für die Arbeitsbedingungen im Betrieb des mittelbar betroffenen Arbeitnehmers, besteht kein unabweisbares Bedürfnis für

¹ Vgl. dazu Kreuzer, a.a.O., S. 96 f.

ein Aussperrungs- oder Lohnverweigerungsrecht.¹ Mit Ausnahme der besonderen Fallkonstellation beim Überregionalen Schwerpunktstreik ist es ausreichend, wenn nur im Bezirk der jeweiligen Tarifvertragsparteien ein Streik-, Aussperrungs- oder Lohnverweigerungsrecht besteht, da lediglich für diesen Bereich ein Tarifvertrag abgeschlossen werden soll. Es sind im Hinblick auf die Kampfparität keine Gründe ersichtlich, weshalb die Tarifvertragsparteien nicht allein in der Lage sein sollen, einen angemessenen Tarifvertrag auszuhandeln. Arbeitskämpfe müssen begrenzte Konflikte bleiben.

c) Das Lohnverweigerungsrecht unter dem Gesichtspunkt der Existenzgefährdung

Zieht man die Grenzen des Lohnverweigerungsrechts eng, muß der Arbeitgeber die Auswirkungen von Arbeitskämpfen, an denen er in Bezug auf einen für ihn geltenden Tarifvertrag nicht beteiligt ist, ebenso wie andere unabwendbare Ereignisse im Rahmen des allgemeinen Unternehmerisikos hinnehmen. Der Arbeitgeber ist dabei auf Maßnahmen angewiesen, die ihm von der Rechtsordnung und der Arbeitslosenversicherung angeboten werden, um den durch eine Betriebsstörung verursachten Schaden zu mildern.

¹ Vgl. Brox-Rüthers, a.a.O., S. 127; Rüthers, BB 1964, 312 (314). A.A. Löwisch, RdA 1962, 314 ff; Löwisch-Krauß, AR-Blattei "Arbeitskampf III", B II 1 c aa (V), der entsprechend seiner zu § 116 III Satz 1 Nr. 1 AFG vertretenen Meinung (RdA 1972, 73 (76)) die Möglichkeit einer Signalwirkung für die Rechtmäßigkeit des Sympathiearbeitskampfs ausreichen läßt. Vgl. auch Hartje, a.a.O., S. 219 ff.

Da der Arbeitgeber Kurzarbeit unter gleichzeitiger Gewährung von Kurzarbeitergeld einführen kann, ist er einer Betriebsstörung nicht schutzlos ausgeliefert,¹ so daß insoweit grundsätzlich kein Bedürfnis für ein Lohnverweigerungsrecht besteht. Zwar kann die Einführung von Kurzarbeit, wie bereits erwähnt, auf Schwierigkeiten stoßen, wenn keine tarifliche Kurzarbeiterklausel² oder Betriebsvereinbarung besteht. Gelingt es dem Arbeitgeber nicht, eine entsprechende Vereinbarung abzuschließen, bleibt ihm nur die Möglichkeit einer Massenänderungskündigung, sofern sich keine Einigung mit den Arbeitnehmern erzielen läßt.³

Mit der Massenänderungskündigung werden die Arbeitnehmer vor die Wahl gestellt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen

1 Eine Ausnahme gilt nur für Betriebe i.S.d. § 63 II AFG. Diese Härten sind aber vom Gesetzgeber bewußt in Kauf genommen worden.

2 Gem. § 3 II TVG gilt eine solche Klausel auch für Außenseiter, da Kurzarbeit in einem Betrieb oder einer Betriebsabteilung sinnvollerweise nur einheitlich eingeführt werden kann. Vgl. zu dieser Problematik Bobrowski-Gaul, S. 153; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, S. 159; Hahn, Kurzarbeit, zeitweilige Betriebsstilllegung und Massenentlassungen, S. 31; GK-Wiese, § 87, Rdn. 22; Stebut, RdA 1974, 332 (336); Simitis-Weiss, DB 1973, 1240 (1249); Fahrtmann, RdA 1974, 65 (69, 71); ders., AR-Blattei (D), Arbeitszeit V, Kurzarbeit, 2. Forts.-Blatt Rückseite; HWArbR "Kurzarbeit", S. 2; Dietz-Richardi, § 87, Rdn. 98; Boewer, DB 1973, 552 (525); Röhlser, Der Solidaritätsgedanke im Individualarbeitsrecht, S. 116; ders., Die Arbeitszeit, S. 120; abweichend Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87, Rdn. 13, nach denen mindestens ein Arbeitnehmer tarifgebunden sein muß.

3 BAG AP Nr. 1 zu § 615 BGB Kurzarbeit.

und Kurzarbeit in Kauf zu nehmen oder aus dem Arbeitsverhältnis auszuschcheiden. Die Massenänderungskündigung des Arbeitgebers ist nach h.M. ein zulässiges Mittel, um Arbeitsbedingungen auf individualrechtlichem Weg zu gestalten.¹ Die Tarifaufonomie gebietet es nicht, daß der Inhalt eines Arbeitsverhältnisses allein durch den Tarifvertrag geregelt werden muß.² Dennoch kann bei der Zulässigkeit einer Massenänderungskündigung das Tarifrecht nicht außer Acht bleiben. Geht aus einem Tarifvertrag hervor, daß Kurzarbeit nicht eingeführt werden darf, verbietet es die Friedenspflicht, im Wege der Massenänderungskündigung vor Ablauf des Tarifvertrags Kurzarbeit einzuführen. Regelungen des Tarifvertrags dürfen nicht durch Massenänderungskündigungen unterlaufen werden.³ Lediglich in einem solchen Ausnahmefall wäre also zu erwägen, dem Arbeitgeber ein Lohnverweigerungsrecht einzuräumen. Dieses diene dann allerdings nicht der Durchsetzung kampfrecht-

1 BAGE 1, 291 (313); 3, 266 (269 f); Zöllner, RdA 1969, 250 (254 f); Brox-Rüthers, a.a.O., S. 82, 134; Nikisch I, S. 201 f; Berteles, a.a.O., S. 65; Lerche, a.a.O., S. 57 f. A.A. Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 1021 f; Säcker, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, S. 392 ff; ders. DB 1967, 1086 (1090 ff); Ramm, BB 1964, 1174 (1178 f). Die Massenänderungskündigung von Arbeitnehmerseite wird von BAGE 3, 280 (285) allerdings für unzulässig gehalten.

2 Rüthers, DB 1970, 2120 (2125); Scholz, a.a.O., S. 364 ff.

3 Vgl. Brox-Rüthers, a.a.O., S. 278; Söllner, Arbeitsrecht, S. 278.

licher Ziele, sondern der Erhaltung des Betriebs.¹

In allen anderen Fällen ist der Arbeitgeber durch sein Recht zu Massenänderungskündigung ausreichend geschützt.² Gegebenenfalls kann sogar ein Recht zur fristlosen Änderungskündigung bestehen, wenn dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden kann, bis zum Ablauf der Kündigungsfristen zu warten.³

Ferner ist gewährleistet, daß der Betriebsrat seine gem. § 87 I Nr. 3 BetrVG erforderliche Zustimmung⁴ letztlich nicht verweigern kann. Der Betriebsrat hat sich bei seiner Entscheidung über die Zustimmung zur Einführung von Kurzarbeit gem. § 2 II BetrVG am Wohl des Betriebs und am Interesse der Arbeitnehmer zu orientieren. Beide Gesichtspunkte verlangen, daß der Betrieb und dessen Arbeitsplätze

1 Die Möglichkeit eines solchen Lohnverlusts bei Bestandsgefährdung des Betriebs war von der Betriebsrisikolehre schon immer anerkannt; vgl. RAG ARS, Bd. 3, 116 (122); BAG AP Nr. 15 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 3); Jorns, a.a.O., S. 45 ff m.w.N.

2 Vgl. Seiter, a.a.O., S. 334.

3 BAG AP Nr. 25 zu § 123 GewO.

4 Die Zustimmung des Betriebsrats ist unabhängig davon erforderlich, ob eine tarifliche Kurzarbeitsklausel besteht oder ob Kurzarbeit aufgrund individualrechtlicher Abreden eingeführt wird.
Vgl. BAG DB 1974, 1389; ArbG Berlin, DB 1973, 289 (291); Dietz-Richardi, § 87, Rdn. 94, 179; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87, Rdn. 14, 27; GK-Wiese, § 87, Rdn. 24; Simitis-Weiss, DB 1973, 1240 (1248); Farthmann, RdA 1974, 65 (70); Preis, DB 1973, 474 (478).

erhalten bleiben. Verweigert der Betriebsrat dennoch seine Zustimmung, muß der Arbeitgeber grundsätzlich gem. §§ 87 II, 76 V BetrVG die Einigungsstelle anrufen.¹ Die Entscheidung der Einigungsstelle ist gem. § 76 V Satz 4 BetrVG vom Arbeitsgericht überprüfbar. Dabei kann der Arbeitgeber notfalls im Wege einer einstweiligen Verfügung vorgehen.² Somit ist gewährleistet, daß der Betriebsrat die Einführung von Kurzarbeit allenfalls kurzfristig verhindern kann.³

3. Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen, die nicht unter den persönlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fallen

Ein Sonderproblem kann im Zusammenhang mit einem Streik der Arbeitnehmer entstehen, die z.B. einer bestimmten Berufsgruppe angehören und deshalb nicht unter den persön-

1 Nach Dietz-Richardi, § 87, Rdn. 13 ff; GK-Wiese, § 87, Rdn. 51 f; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 87, Rdn. 8; Farthmann, RdA 1974, 65 (68); Säcker, ZfA-Sonderheft 1972, 41 (60), ist das Mitbestimmungsrecht in Notfällen sogar entbehrlich.

2 Vgl. dazu Simitis-Weiss, DB 1973, 1240 (1252); ferner Dietz, ZfA 1972, 247 (265), Dietz-Richardi, § 87, Rdn. 14; Hanau, BB 1972, 499 (501), nach denen der Arbeitgeber ohne Einschaltung der Einigungsstelle schon das Arbeitsgericht anrufen kann.

3 Beachtet der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht nicht, bleibt er gem. § 615 BGB zur Lohnzahlung verpflichtet, gleichgültig, ob man von der Unwirksamkeit der mitbestimmungspflichtigen Maßnahme ausgeht (so GK-Wiese, § 87, Rdn. 34 ff m.w.N.) oder nur von deren Rechtswidrigkeit (so Schlüter, DB 1972, 92 ff, 139 ff).

lichen Geltungsbereich ¹ des umkämpften Tarifvertrags fallen (Fall e). Solche Arbeitnehmergruppen sind oftmals zahlenmäßig zu schwach, um mit einem Streik Druck auf die Arbeitgeberseite ausüben zu können. ² Damit für diese Arbeitnehmer ein angemessener Tarifvertrag ausgehandelt werden kann, wird vertreten, daß auch Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmer erforderlich sind, die zwar unter den räumlichen und fachlichen, nicht aber persönlichen Geltungsbereich der umkämpften tariflichen Regelung fallen. ³ Solche Maßnahmen sind rechtlich unbedenklich, wenn die Gewerkschaft, was die Regel ist, gleichzeitig für alle Arbeitnehmer, für die sie räumlich und fachlich zuständig ist, einen neuen Tarifvertrag abschließen will.

Soll jedoch ausschließlich für eine bestimmte Berufsgruppe eine tarifliche Regelung erzielt werden, ist es bedenklich, Arbeitnehmer in den Arbeitskampf mit einzubeziehen, die nicht unter den persönlichen Geltungsbereich dieser Regelung fallen. Einem Aussperrungs- bzw. Lohnverweigerungsrecht gegenüber diesen Arbeitnehmern kann zu einem entgegenstehen, daß die Friedenspflicht aus der für diese gültigen tariflichen Vereinbarung noch nicht abgelaufen

1 Vgl. dazu Zöllner, Arbeitsrecht, S. 247.

2 Vgl. zur Vertretung von Minderheitsinteressen M. Wolf, ZfA 1971, 151 (161 ff).

3 Vgl. Seiter, a.a.O., S. 504 f; Zöllner, a.a.O., S. 247.

ist.¹ Zum anderen wird es der Gewerkschaft aufgrund ihres demokratischen Aufbaus schwerfallen, für eine Minderheitsgruppe einen neuen Tarifvertrag abzuschließen, wenn dadurch die Mehrheit der Gefahr eines Lohnverlusts ausgesetzt ist.² Vorausgesetzt, daß man den Arbeitnehmern, die nicht unter den persönlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fallen, kein Streikrecht zubilligt, empfiehlt es sich daher, gegenüber diesen Arbeitnehmern auch kein Aussperrungs- oder Lohnverweigerungsrecht zuzulassen.

Auch § 116 III Satz 1 Nr. 1 AFG trägt insoweit dem Minderheitenschutz Rechnung und erlaubt Leistungen an Arbeitnehmer, die nicht unter den persönlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fallen.³ Dem Wortlaut nach stellt diese Norm zwar nicht auf den persönlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags ab, sondern nur auf die Änderung der Arbeitsbedingungen in dem Betrieb des mittelbar betroffenen Arbeitnehmers.⁴ Nach dem Sinn und Zweck des § 116 III Satz 1 Nr. 1 AFG sowie der §§ 2 und 3

1 Vgl. allgemein zur Friedenspflicht Brox-Rüthers, a.a.O., S. 72 ff. Im übrigen würde es sich bei einer Aussperrung um keine Sympathiemaßnahme handeln, da Adressat und Betroffener identisch sind.

2 Vgl. M. Wolf, ZfA 1971, 151 (165 f.).

3 Vgl. Jülicher, DB 1973, 720 (722); Radke, RdA 1973, 14 (20); Weber, RdA 1972, 80 (83); Schwerdtfeger, a.a.O., S. 52; Kreuzer, a.a.O., S. 93 f.

4 Nach Weber-Paul, § 116, Anm. 7 kommt es deshalb nicht auf den persönlichen Geltungsbereich an.

der Neutralitätsanordnung müssen die umkämpften Arbeitsbedingungen aber für den Arbeitswilligen gelten oder angewandt werden. Arbeitnehmer, die nicht unter den persönlichen Geltungsbereich fallen, kommen aber nicht in den Genuß der erkämpften Arbeitsbedingungen.¹ Für diese Arbeitnehmer gilt oder wird eine andere tarifliche Regelung angewandt.

Haben die Arbeitgeber somit gegenüber den Arbeitswilligen, die nicht unter den persönlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fallen, kein Lohnverweigerungsrecht und ruht bei Kurzarbeit der Anspruch auf Leistungen nicht, ist gewährleistet, daß auch Minderheitsgruppen um eine tarifliche Regelung kämpfen können, ohne auf die Mehrheit Rücksicht nehmen zu müssen.

4. Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen, die nicht unter den betrieblichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fallen

Ein weiteres Sonderproblem ergibt sich, wenn die Gewerkschaft einen Arbeitskampf gegen einen verbandsangehörigen Arbeitgeber durchführt, mit dem Ziel, dessen Betrieb tarifmäßig aus dem Verband herauszulösen (Fall f).² Es

1 Vgl. Jülicher, DB 1973, 720 (722).

2 Die Rechtmäßigkeit solcher Tarifverträge ist umstritten. Für die Rechtmäßigkeit: Hueck-Nipperdey-Säcker II, 1. Halbbd., S. 924; Hensche, RdA 1971, 9 ff; für die Rechtswidrigkeit: Boldt, RdA 1971, 257 ff; Buchner, DB 1970, 2074 (2076 ff).

fragt sich, ob hier ein Aussperrungsrecht gegenüber den arbeitswilligen Arbeitnehmern zulässig ist, die zwar unter den fachlichen und persönlichen, nicht aber betrieblichen Geltungsbereich der umkämpften Regelung fallen. Zu beachten ist, daß die Gewerkschaft hier nicht nur eine tarifliche Regelung erstrebt, sondern auch die Schlagkraft des Arbeitgeberverbands schwächt, wenn sie für einzelne Betriebe gesondert Tarifverträge abschließen will. In einem solchen Fall muß die Arbeitgeberseite die Möglichkeit haben, mit Hilfe einer Aussperrung den Arbeitskampf schlagartig auf Verbandsebene auszuweiten.¹ Hätten die Arbeitgeber ein solches Mittel nicht, könnte die Gewerkschaft nacheinander einzelne Firmentarifverträge abschließen und so den Geltungsbereich eines Tarifvertrags einseitig festlegen. Es liegt aber im Sinne der Tarifautonomie, daß die Sozialpartner auch hinsichtlich der Regelung des Geltungsbereichs eines Tarifvertrags gleiche Chancen haben müssen. Hat der Arbeitgeber folglich ein Aussperrungsrecht, kann er die Lohnfortzahlung auch nach Betriebsrisikogrundsätzen verweigern.²

Ferner ist zu beachten, daß in einem solchen Fall aus entsprechenden Gründen die Ansprüche der mittelbar betroffenen Arbeitnehmer gem. § 116 III Satz 1 Nr. 2 AFG ruhen.³

1 Seiter, a.a.O., S. 315 f, der begrifflich in diesem Zusammenhang von einer Angriffsaussperrung ausgeht.

2 Eine vergleichbare Problematik würde sich ergeben, wenn die Gewerkschaft nur Tarifverträge für bestimmte Arbeitnehmergruppen abschließen will.

3 Hierzu Jülicher, DB 1973, 770.

Die Gewährung von Leistungen würde die Gewerkschaft paritätswidrig bevorteilen.

IV. Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen beim rechtswidrigen Arbeitskampf

Umstritten ist, ob sich ein Lohnverweigerungsrecht beim rechtswidrigen Arbeitskampf nach den gleichen Kriterien wie beim rechtmäßigen Arbeitskampf zu richten hat.

1. Das Lohnverweigerungsrecht beim rechtswidrigen, gewerkschaftlichen Streik

Führt die Gewerkschaft einen Streik durch, der z.B. wegen der noch bestehenden Friedenspflicht rechtswidrig ist (Fall g), ergeben sich hinsichtlich eines Aussperrungs- oder Lohnverweigerungsrechts keine Unterschiede zur vorangegangenen Lösung. Zum einen ist maßgebend, daß die Gewerkschaft einen Tarifvertrag abschließen will und sich deshalb noch im Rahmen der Tarifaufonomie bewegt. Insofern bestehen keine Bedenken gegen ein Aussperrungs- oder Lohnverweigerungsrecht. Zum anderen darf der Gesichtspunkt der Notwehr (§ 227 BGB) nicht verkannt werden. Der Arbeitgeber muß die Möglichkeit haben, sich gegen einen rechtswidrigen Streik zu verteidigen.¹ Eine solche Verteidigung muß sich jedoch auf das zur Abwehr Erforderliche beschränken. Hielte man ein Aussperrungs- oder Lohnver-

¹ Vgl. BAGE 23, 292 (314 f); Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 1034.

weigerungsrecht für unzulässig, bliebe dem Arbeitgeber nur die außerordentliche Kündigung gem. § 626 I BGB. Eine solche Kündigung würde den Arbeitnehmer aber unverhältnismäßig stärker belasten als ein vorübergehender Lohnverlust und erscheint noch nicht einmal gegenüber den Streikenden gerechtfertigt, da diese in der Regel nur im Vertrauen auf die Zulässigkeit der Kampfmaßnahme den Streikaufruf der Gewerkschaft befolgen.¹

2. Das Lohnverweigerungsrecht beim wilden Streik

Für die Abwehr eines wilden, d.h. nicht gewerkschaftlich organisierten Streiks (Fall h)² ergeben sich hinsichtlich der Zulässigkeit einer Aussperrung bzw. schlichten Lohnverweigerung erhebliche Zweifel. Art. 9 III GG schützt die Tarifautonomie und somit nur den Arbeitskampf, der um einen Tarifvertrag geführt wird. Der wilde Streik kann aber gar kein tarifliches Regelungsziel verfolgen, da die einzelnen Arbeitnehmer nicht tariffähig sind. Das Bundesarbeitsgericht meint nunmehr, daß der Arbeitgeber beim wilden Streik nicht schlechter stehen dürfe als beim rechtmäßigen und billigt demzufolge dem Arbeitgeber ein Aussperrungs-³ und Lohnverweigerungsrecht⁴ zu. Ein solches Recht stößt jedoch zumindest gegenüber den arbeits-

1 Richardi, RdA 1971, 334 (342 f).

2 Vgl. zum Begriff des wilden Streiks Seiter, a.a.O., S. 250 ff m.w.N.

3 BAG BB 1957, 1142; BAGE 14, 52 (57); 15, 202 (205); 22, 162 (164); 23, 292 (315); vgl. auch Löwisch-Hartje, RdA 1970, 321 (331); Nikisch II, S. 335.

4 BAG AP Nr. 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 3 R); vgl. auch Gerhard Müller, AuR 1972, 1 (8); Weitnauer, DB 1970, 1687 (1691).

willigen Arbeitnehmern auf Zweifel, die es gerade wegen der Rechtswidrigkeit abgelehnt haben, sich an dem Ausstand zu beteiligen.¹ Auch unter dem Gesichtspunkt der Notwehr ist es fraglich, ob ein Aussperrungs- und Lohnverweigerungsrecht gegenüber den Arbeitswilligen erforderlich ist, um den wilden Streik zu brechen. Stehen dem Arbeitgeber individualrechtliche Maßnahmen gegen die Teilnehmer des Ausstands zur Verfügung und kann dadurch schon der Abbruch des Streiks erzwungen werden, ist ein Lohnverweigerungsrecht nicht mehr geboten.

Zweck dieser individualrechtlichen Maßnahmen muß es sein, auf die Teilnehmer des Ausstands Druck auszuüben, damit diese die Arbeit wieder aufnehmen. Wegen § 888 II ZPO ist eine Klage oder einstweilige Verfügung auf Erfüllung der Arbeitsleistung wenig sinnvoll. Effektiver ist eine außerordentliche Kündigung, die nach h.M. wegen des in der Beteiligung am Ausstand liegenden Arbeitsvertragsbruchs zulässig ist.² Allerdings ist mit einer Kündigung aller Streikenden

1 Gegen die Einbeziehung der Arbeitswilligen in eine Aussperrung: Brox-Rüthers, a.a.O., S. 152; Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 1234; Fn. 92; Wiedemann, RdA 1969, 321 (334, Fn. 120); Richardi, RdA 1971, 334 (342); Isele, JuS 1964, 41 (44); auch der Große Senat (BAGE 23, 292 (314 f)) sagt nicht ausdrücklich, daß Arbeitswillige einbezogen werden können. Gegen die Einbeziehung hinsichtlich der Betriebsrisikolehre: Nitsche, a.a.O., S. 171 ff.

2 BAGE 14, 52 (57); 22, 162 (164); 23, 292 (315); BAG AP Nr. 3 zu § 1 TVG Friedenspflicht (Bl. 3); Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 953; Brox-Rüthers, a.a.O., S. 171, Zöllner, Arbeitsrecht, S. 287; Seiter, a.a.O., S. 379. Däubler, JuS 1972, 642 (647 f) hält eine außerordentliche Kündigung für unzulässig, räumt dafür aber ausnahmsweise ein Aussperrungsrecht ein.

dem Arbeitgeber oftmals nicht gedient, weil dadurch die Betriebsstörung nicht behoben werden kann. Nützlicher wäre eine herausgreifende Einzelkündigung, mit der den Teilnehmern an dem Ausstand die Konsequenzen ihres Verhaltens vor Augen geführt werden.¹

Eine solche Kündigung kann jedoch gegen das Gleichbehandlungsprinzip verstoßen.² Ein einzelner Arbeitnehmer wird im Interesse der Aufrechterhaltung der betrieblichen Ordnung herausgesucht, obgleich er sich nicht mehr hat zuschulden kommen lassen als andere. Deshalb wird man dem Arbeitgeber grundsätzlich zumuten müssen, die Rädelsführer herauszugreifen oder zumindest die Arbeitnehmer mehrmals im Hinblick auf eine Kündigung zur Arbeitsaufnahme zu mahnen.³

Erst wenn es trotz alledem nicht gelingt, den Ausstand zu beenden, kann man ein Aussperrungs- bzw. Lohnverweigerungsrecht gegenüber den Arbeitswilligen erwägen. Dabei wird der Arbeitgeber aus Billigkeitsgründen nur die Arbeitnehmer erfassen dürfen, von denen anzunehmen ist, daß sie ebenfalls ein Interesse am Ausstand haben.⁴ Arbeitswillige Arbeitnehmer, die von dem Ausstand unmittelbar keine

1 Vgl. zu einer solchen Kündigung BAGE 22, 162 (168).

2 Siehe dazu Kittner, BB 1974, 1488 (1492).

3 In diesem Sinne halten eine herausgreifende Einzelkündigung für zulässig Seiter, a.a.O., S. 382; ders., ZfA 1970, 355 (358 f); Lieb, Anm. zu BAGE 22, 162, SAE 1970, 232.

4 Vgl. dazu Seiter, a.a.O., S. 385.

Vorteile zu erwarten haben, dürfen nicht als Mittel benutzt werden, um auf vertragsbrüchige Arbeitnehmer Druck auszuüben. Anderenfalls wären diese Arbeitnehmer gegenüber einem rechtmäßigen Arbeitskampf benachteiligt.¹

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, daß auch § 116 III AFG beim wilden Streik keine Anwendung findet und von daher ebenfalls Gründe gegen die Zulässigkeit eines Lohnverweigerungsrechts sprechen. Der Überwiegende Teil der Literatur vertritt zwar im Rahmen des § 116 AFG einen weiten Arbeitskampfbegriff, unter dem der wilde Streik einzuordnen ist.² Es ist aber schlecht einzusehen, weshalb die BfA von der Rechtsordnung nicht gebilligte Arbeitskämpfe durch Neutralität privilegieren soll.³ Das AFG enthält mit § 119 I Satz 1 Nr. 1 eine spezielle Vorschrift für Arbeitnehmer, die infolge vertragswidrigen Verhaltens ihren Lohnanspruch verlieren. Danach erhalten die Teilnehmer an einem wilden Streik hinsichtlich der Gewährung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung eine Sperrfrist. Unterliegen aber schon die Teilnehmer an einem wilden Streik nicht der Regelung des § 116 II AFG, läßt sich nicht begründen, wie § 116 III AFG auf die nur mittelbar betroffenen Arbeitnehmer angewendet werden soll.

1 Die gleichen Grundsätze müssen wegen der Ähnlichkeit zum wilden Streik auch beim rechtswidrigen kollektiven Zurückbehaltungsrecht gelten. Vgl. dazu BAGE 15, 174 (187); hinsichtlich der Abgrenzungsproblematik siehe Seiter, a.a.O., S. 437 - 441.

2 Schönefelder-Kranz-Wanka, § 116, Anm. 16; Krebs, § 116, Anm. 3; Weber-Paul, § 116, Anm. 10; Kreuzer, a.a.O., S. 122 - 125.

3 Musa, AuR 1966, 11 (13); ders., AuR 1976, 161 (164).

V. Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen bei
aussperrungsbedingten Betriebsstörungen

1. Das Lohnverweigerungsrecht bei einer Abwehraussperrung

Die hier gefundene Lösung gilt auch für Betriebsstörungen, die durch eine Abwehraussperrung verursacht worden sind. Der Arbeitskampf muß als einheitliches Geschehen betrachtet werden, in dem Angriffs- und Abwehrkampfmittel eingesetzt werden können. Soweit der Arbeitgeber ein Aussperrungsrecht hat, wird man ein schlichtes Lohnverweigerungsrecht als weniger einschneidende Maßnahme zulassen müssen, gleichgültig, ob in einem konkreten Fall die Betriebsstörung auf eine Aussperrung zurückzuführen ist.¹

2. Das Lohnverweigerungsrecht bei einer Offensivaussperrung

Bei den bisherigen Erörterungen wurde davon ausgegangen, daß der Arbeitgeber das Aussperrungs- oder Lohnverweigerungsrecht nach der Betriebsrisikolehre zur Abwehr gegen einen Streik eingesetzt hat. Umstritten ist, ob diese Maßnahmen auch zulässig sind, wenn der Arbeitgeber oder dessen Verband den Arbeitskampf nach Ablauf der Friedenspflicht selbst eröffnet (Fall 1). Die Frage nach der Zulässigkeit einer Angriffsaussperrung und dementsprechend

1 Insoweit wie hier: Hueck-Nipperdey-Säcker II, 2. Halbbd., S. 946; Mayer-Maly/Nipperdey, a.a.O., S. 41; Gift, RdA 1960, 166 (172); Löwisch, DB 1963, 899 (900); ders., RdA 1967, 45 (48). A.A. BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 2 R); Ballerstedt, AuR 1966, 225 (231 f).

einer Lohnverweigerung nach der Betriebsrisikolehre stellt sich, wenn ein Tarifvertrag abgelaufen ist und die Gewerkschaft entgegen der üblichen Regel keine Initiative ergreift. Obwohl heute die Angriffsaussperrung keine praktische Bedeutung hat, hält die wohl h.M. eine solche für zulässig.¹ Man wird jedoch dem Arbeitgeber grundsätzlich zumuten können, den tariflosen Zustand hinzunehmen und zu warten, bis die Gewerkschaft höhere Löhne fordert und den Kampf beginnt. In diesem Fall wirken gem. § 4 TVG die alten Tarifnormen fort. Insoweit erleidet der Arbeitgeber keine Einbußen, wenn man ihm ein Aussperrungsrecht versagt.

Sogar wenn der Arbeitgeber die Löhne herabsetzen will, ist nicht unbedingt ein Aussperrungsrecht zu Angriffszwecken erforderlich. Der Arbeitgeber kann warten, bis die Gewerkschaft den Arbeitskampf eröffnet und sodann im Wege einer Abwehraussperrung Druck ausüben, um seine Ziele durchzusetzen.² Lehnt die Gewerkschaft einen Angriffsstreik ab, kann der Arbeitgeber im Wege einer Massenänderungskündigung die bislang vereinbarten Löhne herabsetzen. Bedenken gegen eine solche Massenänderungskündigung bestehen nicht, wenn wie hier die Friedenspflicht abgelaufen ist.³ Folglich ist eine Angriffsaussperrung und ein davon abgeleitetes Lohnverweigerungsrecht nach der Betriebsrisikolehre

1 BAGE 23, 292 (308 ff); Rüthers, DB 1973, 1649 (1652); Heckelmann, ZfA 1973, 425 (440).

2 Vgl. Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 333 f.

3 Siehe zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Massenänderungskündigung oben D. III. 2. c).

allenfalls in Ausnahmefällen zulässig.¹ Das kann z.B. der Fall sein, wenn ein großer Teil der Arbeitnehmer unkündbar ist und der Arbeitgeber deshalb nicht mit einer Massenänderungskündigung vorgehen kann. Aber auch wenn der Arbeitgeber im Wege der Massenänderungskündigung versucht, die Arbeitsbedingungen zu ändern, können arbeitswillige Arbeitnehmer mittelbar betroffen werden. Lehnt ein Teil der Arbeitnehmer die Fortsetzung der Arbeit unter den neuen Arbeitsbedingungen geschlossen ab und läßt die Kündigungen wirksam werden, sind diese Arbeitnehmer nach dem Ablauf der Kündigungsfristen nicht mehr verpflichtet zu arbeiten. Dadurch können Betriebsstockungen verursacht werden. In diesem Fall ist der Arbeitgeber jedoch nicht berechtigt, die Lohnzahlung nach Betriebsrisikogrundsätzen zu verweigern. Es handelt sich hierbei nicht um eine arbeitskampfbedingte Betriebsstörung. Zwar hat eine Massenänderungskündigung ähnlich wie ein Streik oder eine Aussperrung kollektiven Charakter. Maßgebend ist aber, daß ebenso wie beim wilden Streik kein tarif-, sondern ein arbeitsvertragliches Regelungsziel verfolgt wird.²

Kein anderes Ergebnis ergibt sich, wenn die Gewerkschaft die gemeinsame Ablehnung des Änderungsangebots organisiert.

-
- 1 Zur Unzulässigkeit der Angriffsaussperrung vgl. Ramm, Das Koalitions- und Streikrecht der Beamten, S. 168; Evers, a.a.O., S. 75; Bötticher, a.a.O., S. 9; Däubler, JuS 1972, 642 (648).
 - 2 Das ergibt sich auch daraus, daß die h.M. eine Massenänderungskündigung nicht dem § 25 KSchG unterwirft. Vgl. BAG AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG 1952; AP Nr. 1 zu § 1 TVG Friedenspflicht; Nikisch I, S. 701; Brox-Rüthers, a.a.O., S. 82 f; A. Hueck-G.Hueck, § 25, Rdn. 6.

Auch dies Verhalten ist im Rahmen der Tarifautonomie nicht als Streik zu werten,¹ es sei denn, die Gewerkschaft gibt zusätzlich zu erkennen, daß sie nunmehr den Abschluß eines Tarifvertrags erstrebt. Die Gewerkschaft hat grundsätzlich die Möglichkeit, nach Ausspruch einer Massenänderungskündigung einen Arbeitskampf um eine tarifvertragliche Regelung zu beginnen.² Solange sich die Arbeitnehmer aber auf eine bloße Ablehnung des Änderungsangebots beschränken, ist ein Lohnverweigerungsrecht nach der Betriebsrisikolehre unter keinem Gesichtspunkt zulässig. Der Arbeitgeber hat es selbst in der Hand, durch eine Rücknahme der Massenänderungskündigung die Betriebsstörung zu beenden. Er geht also mit der Massenänderungskündigung ein großes Risiko ein. Dieses erscheint aber gerechtfertigt, da die Herabsetzung der Löhne ausschließlich im Interesse des Arbeitgebers liegt.

3. Das Lohnverweigerungsrecht bei einer rechtswidrigen Aussperrung

Bei einer rechtswidrigen Aussperrung ist zu berücksichtigen, daß dort schon die unmittelbar betroffenen Arbeitnehmer

1 Die Ablehnung eines Änderungsangebots dürfte zumindest eine rechtmäßige "Kampfmaßnahme" darstellen, da die tarifliche Friedenspflicht abgelaufen ist. Vgl. BAGE 3, 266 (296 f); Seiter, a.a.O., S. 419 f.

2 Vgl. Zöllner, RdA 1969, 250 (255).

einen Lohnanspruch gem. § 615 BGB haben. Deshalb besteht hinsichtlich der nur mittelbar betroffenen Arbeitnehmer erst recht kein Bedürfnis für ein Lohnverweigerungsrecht. ¹

VI. Das Wirtschaftsrisiko

1. Das Lohnverweigerungsrecht der Arbeitswilligen bei einem Streik im Abnehmerbetrieb

Schließlich fragt sich, ob es angesichts der oben gefundenen Lösung gerechtfertigt ist, zwischen Betriebs- und Wirtschaftsrisiko zu unterscheiden. ² Eine Betriebsstörung in einem Drittbetrieb kann aufgrund eines Arbeitskampfs in einem Zuliefer- oder in einem Abnehmerbetrieb eintreten (Fall k). Infolge der engen wirtschaftlichen und technischen Verflechtung der heutigen Wirtschaft ist es rein zufällig, ob der Arbeitskampf in einem Zuliefer- oder Abnehmerbetrieb erfolgt. Liegt der mittelbar betroffene Betrieb in der Mitte eines überbetrieblichen Produktionsprozesses, trifft ihn ein Arbeitskampf in einem Unternehmen am Anfang oder am Ende der Produktionskette gleich hart. Einmal erhält er keine Zulieferungen, das andere Mal kann er seine Produkte nicht absetzen. In beiden Fällen ist der Arbeitskampf letztlich kausal für die Betriebsstillegung. Es kann daher dahinstehen, ob man annimmt, der

1 BAG AP Nr. 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Nikisch I, S. 606 f; Hueck Nipperdey I, S. 354, Fn. 127; Löwisch, RdA 1967, 45 (50).

2 Vgl. oben A. II. 2.

Arbeitsausfall beruhe im ersten Fall unmittelbar auf dem Arbeitskampf, im zweiten Fall unmittelbar auf wirtschaftlichen Ursachen.

Auch das AFG unterscheidet hinsichtlich des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld gem. § 64 I Nr. 1 AFG nicht, ob der Arbeitsausfall auf einem unabwendbaren Ereignis oder auf wirtschaftlichen Ursachen beruht.¹ Wenn nach dem AFG in beiden Fällen ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld besteht, so spricht das dafür, auch hinsichtlich des Lohnfortzahlungsanspruchs nicht zwischen Betriebs- und Wirtschaftsrisiko zu differenzieren.

2. Der Lohnanspruch der Arbeitnehmer bei einer fortwirkenden Betriebsstörung

Ist der Arbeitskampf beendet, kann aber die Produktion nicht sofort wieder aufgenommen werden (Fall 1), besteht nach der Ansicht des Bundesarbeitsgerichts kein Lohnanspruch der dadurch betroffenen Arbeitnehmer, sofern sie am Arbeitskampf teilgenommen haben.² Man geht insoweit von einer nachwirkenden Kampfparität aus,³ die den Streikenden das Risiko auflegt, nach Kampfbende nicht sofort wieder arbeiten zu können.

1 Vgl. dazu Jülicher, DB 1973, 720 (723); Säcker, Gruppenparität, S. 79.

2 BAG SAE 1973, 15 (17).

3 Kraft, Anm. zu BAG SAE 1973, 15 (13).

Ein Lohnverweigerungsrecht ist in diesen Fällen aber ebensowenig wie ein Aussperrungsrecht gerechtfertigt, gleichgültig, ob die betroffenen Arbeitnehmer am Arbeitskampf teilgenommen haben oder nicht. Entscheidend ist, daß in diesem Fall bereits ein Tarifvertrag abgeschlossen ist, so daß im Rahmen der Kampfparität ein Lohnverweigerungsrecht nicht mehr zulässig ist. ¹

Auch § 116 II und III AFG steht einer Gewährung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung nicht entgegen, da die Arbeitnehmer an keinem Arbeitskampf mehr teilnehmen. Der Arbeitgeber muß somit versuchen, den zu erwartenden Arbeitsausfall durch die Einführung von Kurzarbeit zu überbrücken.

3. Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen, die außerhalb des eigenen Betriebs beschäftigt sind

Die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts behandelt Arbeitnehmer, die von ihrem Arbeitgeber extern bei dritten Betrieben beschäftigt werden, anders als die Arbeitnehmer, die im eigenen Betrieb arbeiten (Fall m). ² Bei dieser Fallkonstellation gehört es nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts zum Wirtschafts- bzw. Unternehmerisiko des Arbeitgebers, daß diese Arbeitnehmergruppe beschäftigt werden kann. Verfolgt man jedoch diese Auffassung konsequent, kann man zu dem Ergebnis gelangen,

1 A.A. Nitsche, a.a.O., S. 166.

2 BAG AP Nr. 29 und 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

daß der extern arbeitende Arbeitnehmer einen Lohnanspruch hat, während sein mittelbar arbeitskampfbetroffener Kollege aus dem Betrieb, in dem beide beschäftigt sind, leer ausgeht, obwohl beide unter den Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fallen. Deshalb ist es geboten, die gefundenen Kriterien für ein Lohnverweigerungsrecht auch bei dieser Fallkonstellation anzuwenden.¹ In seiner letzten Entscheidung zu diesem Problemkreis hat das Bundesarbeitsgericht auch angedeutet, daß es die mittelbar betroffenen Arbeitnehmer gleichbehandeln will, wenn sich der Betrieb des extern arbeitenden Arbeitnehmers in einer mit dem Kampfbetrieb vergleichbaren Situation befindet und der Arbeitgeber daher mit einem entsprechenden Risiko belastet ist.² Vergleichbar können die Situation und das (Betriebs-) Risiko des Arbeitgebers aber nur sein, wenn der umkämpfte Tarifvertrag in dem mittelbar betroffenen Betrieb gilt oder angewandt wird.³

Diese Aussagen gelten ebenso bei Leiharbeitsverhältnissen. Der "Verleiher" trägt zwar das Risiko, daß er seine Arbeitnehmer "ausleihen" und beschäftigen kann. Findet aber in dem Betrieb, in dem der Leiharbeiter gerade tätig ist, ein Arbeitskampf statt und besteht keine konkrete andere Einsatzmöglichkeit, ist der "Verleiher" in einer mit dem

1 Vgl. Schmid, JuS 1977, 92 (97 f); a.A. Becker, NJW 1973, 1629 (1630), der hinsichtlich des Lohnanspruchs nur auf die abstrakte Einsatzmöglichkeit des Arbeitnehmers abstellt.

2 BAG AP Nr. 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 2).

3 Vgl. Seiter, Anm. zu BAG AP Nr. 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (Bl. 3 R. 4).

K. Betrieb vergleichbaren Situation, sofern der Leiharbeiter unter den räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des unkämpften Tarifvertrags fällt.

E. DAS ERGEBNIS DER UNTERSUCHUNG

Bei Betriebsstörungen ist der Arbeitgeber gem. § 615 BGB grundsätzlich verpflichtet, den Lohn fortzuzahlen.

Eine ausnahmslose Verpflichtung zur Lohnfortzahlung würde gegen das Prinzip der Kampfparität der Sozialpartner verstoßen. Insoweit ist das Betriebsrisikoproblem aus dem individualrechtlichen Leistungsstörungsrecht auszuklammern und unter arbeitskampfrechtlichem Aspekt zu betrachten.

Der Umfang des Lohnverweigerungsrechts geht zumindest teilweise mit dem eines Aussperrungsrechts konform.

Darüber hinaus spielt für ein Lohnverweigerungsrecht auch § 116 III AFG eine Rolle. Verstößt eine Lohnersatzleistung der Arbeitslosenversicherung gem. § 116 III AFG gegen die Neutralitätspflicht, ist davon auszugehen, daß eine Lohnfortzahlungsverpflichtung gegen die Kampfparität verstößt.

Bei wildem Streik ist der Arbeitgeber gegenüber den Arbeitswilligen verpflichtet, den Lohn fortzuzahlen. Ein Lohnverweigerungsrecht ist nur gegenüber den Streikenden zulässig.

Zwischen Betriebs- und Wirtschaftsrisiko ist nicht zu unterscheiden.

Lebenslauf

Am 31.7.1948 wurde ich als Sohn des ltd. Reg.-Dir.
Dr. Friedrich Wilhelm Baum und seiner Ehefrau Edith,
geb. Rechholtz in Wuppertal geboren. Ich bin Deutscher.

Von 1955 bis 1959 besuchte ich die Volksschule in Düsseldorf. Anschließend war ich bis zu meinem Abitur am 3.7.1967 Schüler des neusprachlichen Zweigs des Städtischen Schloßgymnasiums in Düsseldorf-Benrath.

Von Oktober 1967 bis März 1969 leistete ich meine Wehrpflicht bei der Bundesmarine ab.

Mit dem Sommersemester 1969 begann ich an der Universität Freiburg i. Br. mein Jurastudium. Nach dem Wintersemester 1970/71 setzte ich mein Studium an der Universität Münster fort. Am 8.9.1973 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt in Hamm das erste juristische Staatsexamen.

Danach arbeitete ich als wissenschaftliche Hilfskraft an der Universität Münster und an der Anfertigung meiner Dissertation.

Am 1.5.1975 trat ich in den Referendardienst ein, den ich am 13.10.1977 mit der Ablegung des zweiten juristischen Staatsexamens vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf beendete.

Seit dem 1.2.1978 bin ich als Verwaltungsjurist tätig.

Friedrich Baum

Druckerei Andreas Staudenraus, 8700 Würzburg,
Münzstraße 4, Tel. 0931/56366